

# LOS DERECHOS LABORALES DEL TRABAJADOR ENFERMO ONCOLÓGICO

*Lourdes Fraguas Madurga*

*Licenciada en Derecho. Profesora de Educación Secundaria.  
Especialidad de Formación y Orientación Laboral.*

**SUMARIO: I. La incapacidad temporal del enfermo oncológico como causa de despido.** 1. Planteamiento. 2. La posible calificación del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal: procedencia, improcedencia o nulidad. 3. El despido de un trabajador por incapacidad temporal: nulidad o improcedencia. 4. La defensa de la nulidad del despido del trabajador enfermo oncológico. 5. Conclusiones y propuestas; **II. Regulación específica en la legislación laboral del trabajador enfermo oncológico.** 1. La exclusión del tratamiento médico de cáncer de las faltas de asistencia justificadas del artículo 52.d) ET. 2. Complementos o primas como respuesta al índice de absentismo y complementos de IT en función del tipo de enfermedad. 2.1. El complemento de incapacidad temporal en la administración pública. 3. La prestación de cuidado de menores afectados por cáncer; **III. El derecho a la intimidad y la protección de datos en el ámbito laboral de los trabajadores enfermos oncológicos.** 1. Vigilancia de la salud, reconocimientos médicos y consentimiento; **IV. Bibliografía.**

## RESUMEN

El presente trabajo analiza el régimen jurídico de los derechos laborales del trabajador enfermo oncológico, en tres partes diferenciadas: I- La incapacidad temporal como causa de despido; II-Regulación específica en la legislación laboral y III- El derecho a la intimidad y la protección de datos en el ámbito laboral.

## PALABRAS CLAVE

Trabajador enfermo oncológico; despido nulo; intimidad; protección de datos.

## ABSTRACT

This paper analyzes the legal status of the worker's labor laws oncology patients in three different parts: I-Temporary disability as grounds for dismissal, II-specific regulation in labor legislation and III-

The right to privacy and protection data in the workplace.

## KEY WORDS

Cancer sick worker; dismissal null; privacy; data protection.

## I. LA INCAPACIDAD TEMPORAL DEL ENFERMO ONCOLÓGICO COMO CAUSA DE DESPIDO

### 1. Planteamiento

El Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), regula la situación de suspensión del contrato de trabajo en su art. 45 con el epígrafe de “causas y efec-

tos de la suspensión”, configurándose la situación de incapacidad temporal del trabajador como causa de suspensión en el apartado 1, letra c) y siendo su efecto la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, al igual que en las restantes causas de suspensión. (art. 45-2 ET), manteniéndose en consecuencia el vínculo jurídico entre trabajador y empresario y por tanto la reserva absoluta del puesto de trabajo, ya que finalizada esta causa de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado –art. 48-1 ET-.

El legislador no ha configurado la incapacidad temporal como causa de extinción, a diferencia de lo que ocurre con gran invalidez o la incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, que aparecen entre las causas de extinción del art. 49.1 e) ET.

Desde la perspectiva de la Seguridad Social, la situación de incapacidad temporal, regulada en la LGSS (Título II, capítulo IV -artículos 128 y ss-), conlleva una contingencia del sistema de Seguridad Social, reconociendo la prestación económica consiguiente, que se materializa en un subsidio económico. Sin analizar exhaustivamente el régimen jurídico del subsidio por IT, debemos detenernos en el coste económico que supone para la empresa la situación del trabajador incapacitado temporalmente desde dos perspectivas distintas:

En primer lugar, en cuanto a la cotización a la Seguridad Social, el art. 106.4 LGSS establece que “La obligación de cotizar continuará en la situación de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa”. Este planteamiento inicial requiere determinar de cuánto tiempo estamos hablando, lo que entra en conexión obviamente con el plazo de duración del subsidio:

Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal, las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación (**Art. 128 LGSS**), **por tanto** el plazo máximo en el que subsiste la obligación de cotizar del empresario es de 545 días, (como se reitera en el art. 131 bis, 3 2º párrafo).

No obstante en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal (Art. 131 bis.2, 2º párrafo). En este supuesto excepcional no se mantiene la obligación de cotizar, porque cuando la IT se extinga por el transcurso del plazo de 545 días, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

En segundo lugar, por lo que respecta al coste económico del subsidio, el art. 131 LGSS establece que en el supuesto de AT Y EP únicamente es a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja, mientras que en el supuesto de EC y ANL es a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive.

Sentadas estas cuestiones previas, debemos plantearnos qué ocurre cuando el empresario lleva a cabo el despido del trabajador enfermo, cuestión que en época de crisis no es inhabitual que se produzca desde una perspectiva meramente mercantilista del trabajo con la finalidad especialmente de extinguir, y no suspender el contrato cuando la situación de IT y por tanto se utilice por la empresa para evitar las consiguientes cargas económicas que aplicar la suspensión prevista por el legislador le devendrían. La cuestión central es la protección que ofrece el ordenamiento jurídico laboral y constitucional ante la decisión del empresario de despedir a un trabajador de baja laboral, y ello por supuesto con independencia de la causa alegada por la empresa. A continuación analizaremos el nivel de protección otorgado por el Derecho del Trabajo al trabajador en situación de incapacidad temporal que es despedido, así como la interpretación llevada a cabo por los Tribunales, realizando especial énfasis en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las sentencias del Tribunal Constitucional.

## **2. La posible calificación del despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal: procedencia, improcedencia o nulidad.**

Con carácter previo debemos recordar las causas determinantes del despido del trabajador para determinar cuáles son susceptibles de afectar al trabajador en situación de IT.

Por lo que respecta al despido disciplinario, el art. 54.1 del ET dispone que «el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador». En la enumeración del art. 54.2 se señalan causas inherentes al trabajo activo y que por tanto nunca podrían imputarse al trabajador en situación de baja laboral, como ocurre con las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; la indisciplina o desobediencia en el trabajo; la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo o el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

No obstante, en la permanencia del vínculo jurídico es posible que el trabajador de baja por IT incumpla de forma grave y culpable sus obligaciones laborales y, en consecuencia, sea despedido con justa causa, como podría ocurrir en los supuestos contemplados referentes a las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos o incluso alcanzar a los supuestos de acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. La manifestación específica que podría producirse en mayor medida es la prevista en la letra d) del art. 54.2 del ET, esto es, «la transgresión de la buena fe contractual». Ejemplo paradigmático de ello lo encontramos en los supuestos en que el trabajador en situación de baja por IT realice actividades que impidan o retrasen la recuperación de su estado de salud<sup>1</sup>, aunque nada impide que el trabajador realice actividades que sean compatibles con el tratamiento médico prescrito, siempre que no perjudiquen o retrasen su curación<sup>2</sup>.

1 TS 23-1-90, EDJ 505; 18-7-90, EDJ 7820; 23-7-90, EDJ 7990; TSJ Canarias 28-9-93; TSJ País Vasco 3-2-98, EDJ 10638; que atente contra el tratamiento (TSJ Madrid 28-4-94); o se trate de la realización de actividades incompatibles con la situación de IT (TSJ C.Valenciana 13-1-98).

2 STS de 22 de marzo de 1983 y STS de 21 de febrero de 1984, citadas, ambas, por STSJ de Galicia, de 30 de mayo de 2008, reconociendo esta última que, «la situación de baja por incapacidad laboral, no impide al trabajador el hacer vida normal o el desarrollo de actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación (Sentencia Tribunal Supremo 14 de febrero 1984 [RJ 1984\876]), por lo que no toda actividad puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino solo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial, la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud

En cuanto a la posible extinción del contrato de trabajo por causas objetivas –art. 52 ET–, las previstas en los apartados a) ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa y b) falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables, no pueden concurrir en cuanto que no son aplicables la ineptitud o la inadaptación a modificaciones técnicas alegando IT del trabajador.

Por el contrario, la aplicación de los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, prevista en las letras c) del art. 52 ET o el despido colectivo del art. 51 ET, al igual que ocurre con el apartado e) del art. 52 ET, en el caso de insuficiencia presupuestaria de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, nada impide que afecten a los trabajadores en situación de IT siempre y cuando el empresario acredite la efectiva concurrencia de las causas que justifican este tipo de despido.

En cuanto a la calificación del despido, éste será procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación para el disciplinario o se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva para las causas objetivas; siendo improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido legalmente.

En cuanto a los efectos, mientras que en el despido improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, y salvo que el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre la empresa.

Aplicando la calificación al caso que nos ocupa, el despido que se lleve a cabo estando el trabajador en incapacidad temporal por causa distinta de la propia situación de incapacidad temporal para el trabajo, será declarado improcedente —cuando no exista causa para despedir o, en el caso de despido

laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (Sentencia Tribunal Supremo 29 de enero 1987 [RJ 1987\177] y 24 de julio de 1990 [RJ 1990\6465]).

disciplinario y objetivo, se incumplan los requisitos formales exigidos-, o procedente si concurre la causa alegada por la empresa.

Centrándonos en la nulidad del despido, cuyo efecto es la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, sentando como punto de partida que es la calificación más favorable para el trabajador, sin que quede opción para la empresa, máxime en tiempos de crisis cuando a la precariedad del mercado laboral debemos añadir el haber sido o continuar siendo un enfermo oncológico, el legislador establece que será “Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, especificando a continuación supuestos específicos de nulidad relacionados exclusivamente con los derechos de conciliación de la vida laboral y personal, en los que será de aplicación la nulidad, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados (artículos 53.4 para el despido disciplinario y 55.5 para el despido objetivo).

Tan sólo uno de estos supuestos enumerados expresamente puede afectar al trabajador en situación de IT, puesto que el resto son incompatibles con la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal: el de la trabajadora embarazada, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad. En consecuencia, si la trabajadora embarazada inmersa en un proceso de incapacidad temporal es despedida, dicho despido es nulo, salvo que se declare la procedencia por motivos no relacionados con el embarazo.<sup>3</sup>

### 3. El despido de un trabajador por incapacidad temporal: nulidad o improcedencia.

Descartada la procedencia de despedir a un trabajador «por» su incapacidad temporal, vamos a centrarnos en determinar si la calificación que corresponde a este despido es la improcedencia o, por el contrario, la nulidad, ya que estas dos opciones son las posibles a priori. Cuando el trabajador sea despe-

<sup>3</sup> En este supuesto la nulidad del despido obedece al estado biológico en el que se encuentra la trabajadora y no al estado de suspensión de su contrato de trabajo por incapacidad temporal. (STC 17/2007),

dido por la incapacidad temporal que padece, puesto que no es causa lícita para despedir, la calificación del despido será improcedente, salvo que concurren las especiales circunstancias que conducen a la declaración de nulidad de la decisión extintiva llevada a cabo por el empresario. Es decir, el núcleo de la cuestión se centra en resolver si el despido a un enfermo oncológico tiene su móvil en alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produce con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y ello porque en caso contrario sería improcedente.

El legislador reconocía en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 la nulidad del despido en caso de suspensión del contrato de trabajo también por causa de enfermedad, con el siguiente tenor literal: «el despido de un trabajador que tenga suspendido su contrato de trabajo se considerará nulo si la jurisdicción competente no apreciase su procedencia». No obstante, esta nulidad debemos referirla a los propios efectos relativos de la nulidad que el propio Estatuto de los Trabajadores consagró en su momento y que hizo al Tribunal Constitucional construir la figura del despido radicalmente nulo, en el que nunca incluyó los despidos por enfermedad.

La derogación del precepto se llevó a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que dentro de una amplia reforma legal, restringía la calificación de nulidad del despido individual a los lesivos de derechos fundamentales en la configuración constitucional de éstos, de acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional.

Ya el art. 79 LCT 1944 se determinaba que no podrá darse por terminado el contrato de trabajo, «durante una incapacidad temporal para el trabajo derivada de un accidente o enfermedad mientras que no exceda el plazo máximo» determinado al efecto.<sup>4</sup>

En cuanto a las normas internacionales, el Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, en su art. 5 no incluye entre los motivos que “no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo”, la ausencia temporal del trabajo por razón de una enfermedad, mientras que por el contrario incorpora entre los mismos la ausencia por razón de embarazo o maternidad.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Despido por enfermedad y discriminación”. *Relaciones Laborales*, N° 20, Sección Editorial, Año XXIV, pág. 61, tomo 2, Editorial LA LEY. 2008, destaca que esta disposición se interpretó como el reconocimiento de un derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante ese período, más que como una prohibición absoluta de despedir por razón de enfermedad.

Esta norma internacional se refiere en el art. 6 a la cuestión, recogiendo en su apartado 1 que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”, aunque no debe llamarnos a una conclusión equivocada esta afirmación, por cuanto que en su apartado 2 se remite a la legislación interna en cuanto a la “La definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1”.

La calificación que deba darse al despido del trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal ha dado lugar a diversos planteamientos jurisprudenciales, si bien la postura tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional ha respondido siempre a los mismos criterios interpretativos y con idéntica solución. Es por ello que planteada la cuestión, debemos entrar en el análisis de la solución adoptada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en la materia, incidiendo en algunos resquicios que deja abiertos la jurisprudencia y que nos permitan apuntar nuevas soluciones.

Sin perjuicio de que analizaremos con mayor detalle las argumentaciones del Tribunal Supremo, podemos como punto de partida sintetizar sus argumentos: En la mayoría de las sentencias se debate la consideración como discriminatorios a efectos del *art. 14 de la CE* de los despidos que se producen por la situación de enfermedad de los trabajadores. Se excluye la nulidad porque la enfermedad no puede considerarse con carácter general como una causa o motivo de discriminación en el sentido del *inciso final del art. 14 CE*, pues no opera, salvo excepciones, como un factor de segregación o de opresión de un grupo. Se trata normalmente, de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores; se advierte también que en los despidos enjuiciados no opera un móvil de segregación, sino un interés empresarial que excluye el mantenimiento del contrato de trabajo en razón a que las bajas afectan al rendimiento del trabajo contratado. En algunas resoluciones se excluye la identificación de la enfermedad con la discapacidad a efectos de lo dispuesto en los arts. 4.2.c. 2º y 17.1 del ET y de la Directiva 2000/78. En otras sentencias se precisa que el derecho a la salud, en cuanto principio rector de la política social y económica “no está comprendido en la categoría de los “derechos fundamentales y libertades públicas” (Sección 1ª del Capítulo II del Título primero) a la que se refieren los preceptos legales del ET que es-

tablecen la nulidad del despido (sentencias de 11 de diciembre de 2007, 22 de septiembre de 2008 y 27 de enero de 2009, entre otras). Sólo en las sentencias de 22 de noviembre de 2007 y 22 de septiembre de 2008 abordó la Sala la denuncia de la infracción del art. 15 CE, vinculando el despido por enfermedad con la lesión del derecho a la integridad física. Se dijo en estas sentencias que el despido por enfermedad no afectaba, en principio, “al derecho a la integridad física que protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento”.

Planteada así la cuestión analizaremos a continuación la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional diferenciando diversas líneas argumentales:

### *3.1. El despido del trabajador en situación de IT y derecho a la no discriminación.*

La doctrina jurisprudencial, viene a establecer, que el despido que tiene por causa la sola situación de enfermedad del trabajador, sin concurrir elementos de segregación, no incurre en la discriminación prohibida por el artículo 14 de la Constitución y, por ello, no es un despido que deba ser calificado como nulo sino improcedente.

La enfermedad no figura en la lista de discriminaciones del artículo 14 de la CE, ni se contempla en el artículo 17.1 ET, ni en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 (LCEur 2000, 3383), y tampoco es equiparable a la discapacidad a efectos de discriminación, motivo por el cual la decisión extintiva adoptada por la empresa en esas condiciones no puede dar lugar, en principio, a la calificación de nulidad.

Argumenta desde esta perspectiva el Tribunal Supremo que lo característica de la prohibición de discriminación, es que se utiliza un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales.

Para el Tribunal Supremo «la enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta, no es un

factor discriminatorio en el sentido estricto desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la CE, aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación». <sup>5</sup> Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º ET, porque ni el trabajador ha sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones y utilizando idénticos argumentos y aunque no se ha acreditado que el móvil del despido haya sido otro que la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador, este móvil a juicio del Tribunal Supremo determina la ilicitud e improcedencia del despido pero no su nulidad por discriminación o lesión de derechos fundamentales.

### 3.2. La perspectiva de los factores de discriminación prohibidos por la ley laboral: «enfermedad» y «discapacidad»

La legislación laboral, en cuanto a las causas de discriminación, reconoce en el art. 4.2.c) ET que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: “A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

<sup>5</sup> SSTS de 29 de enero de 2001 ( RJ 2001, 2069 ) , 2 de octubre de 2001 ( RJ 2002, 1273 ) , 23 de septiembre de 2002 ( RJ 2006, 1923 ) , 12 de julio de 2004 ( RJ 2004, 7075 ) , 23 de mayo de 2005 ( RJ 2005, 9656 ) , 22 de noviembre de 2007 ( RJ 2008, 1183 ) , 11 de diciembre de 2007 ( RJ 2008, 2884 ) , 18 de diciembre de 2007 ( RJ 2008, 800 ) , 22 de enero de 2008 ( RJ 2008, 1621 ) , 13 de febrero de 2008 ( RJ 2008, 2900 ) , 22 de septiembre de 2008 ( RJ 2008, 5533 ) , 27 de enero de 2009 ( RJ 2009, 1048 ).

Por su parte, el artículo 17 ET bajo la rúbrica de “No discriminación en las relaciones laborales” establece en su apartado 1 que “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.”

Previo a la reforma de 2003, el artículo 4.2.c) ET recogía también el derecho a no ser «discriminados por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate». Es decir, desde el 2003 nos encontramos que se modifica el término de “disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales” por el de “discapacidad”. La letra de esta redacción anterior al 2003 llevó a que en ocasiones los tribunales calificaran de nulidad el despido del trabajador en situación de IT al interpretar que suponía una discriminación por razón de disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales.

No obstante, la interpretación del Tribunal Supremo tampoco permitió la pretendida asimilación entre discapacidad e incapacidad temporal, sino que identificó de modo restrictivo el término «disminuciones físicas y psíquicas» con «minusvalía» y, consiguientemente, descarta que el despido de un trabajador en situación de IT pueda suponer una infracción de dicho artículo, por cuanto que no existe declaración de minusvalía, al declarar que “Tampoco resulta aquí aplicable la garantía del artículo 4.2.c).2º del Estatuto de los Trabajadores, porque ni consta que el actor haya sido declarado minusválido, ni el despido se ha producido en atención a una minusvalía sin repercusión en la aptitud para el trabajo, sino en atención a los períodos de baja en el trabajo y la consiguiente pérdida para la empresa de interés productivo en el trabajador». (STS 29 enero 2001 [ RJ 2001, 2069]).

El debate fue reabierto tras la aprobación de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre ( LCEur 2000, 3383 ) , de establecimiento de un margo general

para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación porque su artículo 2 prohíbe, en el marco de las relaciones laborales, la discriminación directa e indirecta por motivos de discapacidad. La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que transpone al derecho interno español dicha Directiva, modificó los artículos 4.2.c) y 17 ET en los términos anteriormente señalados.

Algunos pronunciamientos judiciales consideraron por el contrario que la Directiva 2000/78 y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, ampliaban las causas discriminatorias prohibidas incluyendo en el término “discapacidad” la incapacidad temporal o enfermedad.<sup>6</sup>

Es en este punto se produce la intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas: El Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE, cuestionando si a los efectos de la Directiva, «enfermedad» puede equipararse a «discapacidad», en tanto que, generalmente, la enfermedad precede a la discapacidad, en cuanto que «la protección de los discapacitados no nace sólo cuando la deficiencia pueda calificarse de irreversible, sino desde el momento en que esta condición de salud resulte relevante».<sup>7</sup> La cuestión, que fue resuelta por la Sentencia C. 13/05 ( TJCE 2006,

192)<sup>8</sup> (Asunto Chacón-Navas), resuelve en su parte dispositiva que:

«1º. Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la *Directiva 2000/78 / CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.*

2º. La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los *artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78*, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

3º. La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la *Directiva 2000/78* prohíbe toda discriminación».

Se añade en la misma resolución [ordinal 44] que «al utilizar en el *artículo 1 de la mencionada Directiva* el concepto de “discapacidad”, el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de “enfermedad”. Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos»; añadiendo [ordinal 46] que «*La Directiva 2000/78* no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad». La sentencia añade que ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad y que no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación distintos a los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de esa norma (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual).<sup>9</sup>

8 STJCE 11/07/06. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria” *Relaciones Laborales*, Nº 5, Sección Crónica internacional y comunitaria, Año XXIII, pág. 1143, tomo 1, Editorial LA LEY 2007

9 En los posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo se cita la sentencia del TJCE, como argumento adicional para rechazar la nulidad del despido del trabajador en

6 Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona (Sentencia 7-1-2005), declara la nulidad del despido de un trabajador en situación de IT, al entender que la enfermedad queda incluida dentro del concepto de «discapacidad», con independencia del carácter temporal de la enfermedad. Por el contrario otros tribunales consideraron que la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2000/78 no modificaba la jurisprudencia del TS en la materia (STSJ de Cataluña de 22-3-2006 (AS 2006, 2821), si bien cuenta con un voto particular.

7 “...parece útil averiguar a partir de qué momento se coloca por el legislador el listón protector contra la discriminación de los discapacitados. ¿Se está refiriendo la norma exclusivamente a las personas que padecen de un modo definitivo y estable deficiencias en sus funciones o estructuras corporales, limitaciones en su actividad y restricciones en su participación societaria?...La duda del juez nacional en este caso se decantaría a favor de estimar que la protección de los discapacitados no nace sólo cuando la deficiencia pueda calificarse de irreversible, sino desde el momento en que esta condición de salud resulta relevante. Este paraguas normativo, vinculado al artículo 13 del Tratado, conduce en mi opinión a considerar que la protección frente a prácticas discriminatorias fundamentadas en la discapacidad de los trabajadores debe dispensarse desde el momento en que la enfermedad como condición de salud se aprecia relevante. Lo contrario vaciaría en muy buena medida la protección pretendida por el legislador ya que, siendo la enfermedad una condición de salud que en numerosas ocasiones puede desembocar en un estado irreversible de discapacidad, por esta vía se pueden fomentar prácticas discriminatorias incontroladas»(Auto del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 7-1-2005 [AS 2005, 240] ).

En conclusión, para el Tribunal Supremo, a los efectos de la calificación del despido la enfermedad no constituye factor de discriminación, aunque lo sea de trato ilegal, por lo que la decisión extintiva por aquella causa integra despido improcedente y no nulo, en cuanto que no cabe encuadrarla en ninguno de los supuestos de nulidad previstos en las normas laborales. Argumenta que en la afirmación contraria se confundirían dos principios constitucionales: el principio de igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria, que tienen un distinto alcance; interpretando que la referencia del *inciso final del artículo 14* de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta.

Con tal doctrina, diferenciando el principio de igualdad y la proscripción de la discriminación, la Sala no hace sino seguir el criterio reiteradamente expuesto por el Tribunal Constitucional.<sup>10</sup> Este último, en su último pronunciamiento al respecto en STC 62/2008,<sup>11</sup> de 26 de mayo de 2008, reiterando su doctrina anterior afirmando que «al margen de que una enfermedad temporal, en cuanto situación que necesariamente afecta a la práctica totalidad de los seres humanos en muy diferentes momentos de su vida profesional, difícilmente puede configurarse en abstracto y con carácter general como un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE... no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en deter-

minadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo... así ocurrirá singularmente,... sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”, confirmando que el despido por razón de la enfermedad o de estado de salud, en principio, «no constituye en sí mismo una decisión discriminatoria», por no ser la enfermedad un motivo vedado de discriminación a efectos del art. 14 CE.<sup>12</sup>

### 3.3. El despido del trabajo en situación de IT desde la perspectiva del derecho a la salud, a la vida y a la integridad física.

Se ha alegado como argumento que justificaría la nulidad del despido en el caso que nos ocupa que en cuanto que el despido es declarado nulo cuando vulnera alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y en cuanto que la situación de incapacidad temporal trae su causa de una enfermedad, se vulneraría el derecho a la vida y a la integridad física del artículo 15 CE. Por el contrario, el Tribunal Supremo argumenta que no se está vulnerando con la decisión extintiva un derecho fundamental, en cuanto que no se atenta contra el derecho a la integridad o el derecho a la salud. Según el Alto Tribunal, no es aceptable considerar al mismo nivel el derecho fundamental a la vida y a la integridad física [art. 15 CE ] con el derecho a la protección de la salud [el art. 43.1 CE ], pues sin

situación de IT.

10 (SSTC 128/1987, de 16/Julio, FJ 5; 207/1987, de 22/Diciembre, FJ 2; 166/1988, de 26/Septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1/Julio, FJ 2; 147/1995, de 16/Octubre, FJ 2; 126/1997, de 3/Julio, FJ 8; 17/2003, de 30/Enero, FJ 3; 41/2006, de 13/Febrero, FJ 3; 154/2006, de 22/Mayo, FJ 4; 214/2006, de 3/Julio, FJ 2; 342/06, de 11/Diciembre, FJ 3, de 3/2007, de 15/Enero, FJ 2.

11 En relación a esta sentencia: GUALDA ALCALÁ, F.J. «La calificación del despido por razón de la enfermedad del trabajador simplemente improcedente, o nulo por lesivo de derechos fundamentales. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo)», Revista de Derecho Social, núm. 42, 2008, pgs. 125-142 y PULIDO QUEVEDO, M. «La enfermedad como factor de discriminación», Aranzadi Social núm. 8, 2008, pgs. 1-2. (BIB 2008, 1600), así como IGLESIAS CABERO, M. “Despido por razones de salud: ¿improcedente o nulo? (1)” *Actualidad Laboral*, Nº 19, Sección Sentencias Ejemplares, Ref. 704, pág. 2306, tomo 2, Editorial LA LEY, 2008 y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. “Despido por enfermedad y discriminación”. *Relaciones Laborales*, Nº 20, Sección Editorial, Año XXIV, pág. 61, tomo 2, Editorial LA LEY, 2008 y MARTÍN JIMÉNEZ, R. “La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal.” BIB 2008/987. *Aranzadi Social* paraf. 18/2008.

12 Esta sentencia contiene un voto particular que afirma que «existen enfermedades o afecciones crónicas que no alcanzan el grado de una discapacidad, a efectos de los artículos 4.2 c) y 17.1 LET ( RCL 1995, 997) o de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 ( LCEur 2000, 3383) y que, sin embargo, constituyen una categoría intermedia entre ésta y la simple enfermedad estrictamente funcional para el trabajo y generan, en casos como el enjuiciado en este amparo, acciones discriminatorias que es necesario considerar prohibidas en la cláusula “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” del artículo 14 CE máxime cuando, al estar afectado el derecho al trabajo del recurrente del artículo 35.1 CE ( RCL 1978, 2836) y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del artículo 43 CE, obligan a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales ( STC 95/2000, de 10 de abril [ RTC 2000, 95 ] )» (Voto Particular STC de 26-5-2008).



perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos. Para ello argumenta, recordando la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la salud no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que lo desarrollen -art. 53.3 CE-, pero no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales otorga la Ley (ATC 57/07, de 26/Febrero, FJ 3). El derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona «a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento» (SSTC 207/1996, de 16/Diciembre, FJ 2; 220/05, de 12/Septiembre, FJ 4); En el problema que nos ocupa, esto es, la declaración de improcedencia o nulidad del trabajador de baja por incapacidad temporal, el que está en juego no el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, sino más bien el derecho al trabajo -incluso en situaciones de infortunio físico [art.35 CE)...<sup>13</sup>

En el mismo sentido, se ha posicionado el Tribunal Constitucional, así STC 27-3-2007, determina que el artículo 15 CE únicamente alcanza a la protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, y STC 12-9-2005 ( RTC 2005, 220) el Tribunal Constitucional evidencia que el artículo 15 CE «no incluye el régimen de bajas por lesión o enfermedad regulado en el Derecho laboral y de Seguridad Social o en el de funcionarios, y por ello aquel precepto no contiene una suerte de derecho fundamental a la baja laboral o a la prórroga de licencia por enfermedad», es decir, bajo este prisma no puede considerarse que el derecho a la salud o a que no se dañe o perjudique la salud personal, esté comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 de la Constitución, ni alcanza a integrar en modo alguno un derecho fundamental a la baja laboral.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> En idéntico sentido, SSTC 11 marzo 1996 (RTC 1996, 35), 16 diciembre 1996 (RTC 1996, 207), 31 enero 2000 (RTC 2000, 25), 14 enero 2002 (RTC 2002, 5) y 12 septiembre 2005 (RTC 2005, 220).

<sup>14</sup> En sentido se pronuncia la STS, 11 diciembre 2007 ( RJ 2008, 2884) . En relación a esta sentencia, vid. Víctor MANTECA VALDELANDE, «Sentencia de la sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11-12-2007. Despido en que la causa aducida por la empresa no se corresponde con la causa real de despido», Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 758, 2008, pgs. 1-5 ( BIB 2008, 1712) y diversos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, entre otros, STSJ C. Valenciana de 29-4-2003 ( AS 2004, 1204) y 13-5-2004 ( AS 2004, 3650) , 26 de octubre de 2005 ( PROV 2006, 136633) STSJ Madrid de 14-7-2000 ( PROV 2000, 287147) y 21-3-2006 ( PROV 2006, 179862) , STSJ Castilla y León de 16-3-1998 ( AS 1998, 1979) , STSJ Castilla-La Mancha de 4-4-2005 (

No obstante, nos encontramos con numerosos pronunciamientos en el ámbito de los Tribunales Superiores de Justicia contrarios al posicionamiento del Tribunal Supremo, que interpretan que el despido que tiene como única causa la situación de IT por enfermedad es lesivo del derecho fundamental consagrado en el artículo 15 CE y, al no estar amparada esta causa de despido en el artículo 56.2 ET, procede declarar la nulidad del despido.<sup>15</sup>

La interpretación del Tribunal Supremo cabe considerarla extremadamente peligrosa, en cuanto que ha llevado a las empresas a justificar en la misma el despido, alegando expresamente en la carta de despido que “Como ya ha señalado el Tribunal Supremo en su reiterada jurisprudencia (SSTS 29/01/01; 12/07/204 ; 23/05/05 ; 22/11/07 o 18/12/07), lo que en esta carta de despido se alega, insistimos, no es la enfermedad en sí justificada que imposibilita el desempeño del trabajo, sino su falta de colaboración, su actitud y la disminución de la productividad y consiguiente quebranto económico que tal situación genera, siendo el despido una medida proporcionada y de conveniencia para la empresa.”, como se pone de manifiesto en STS de 31 de enero de 2011 ( RJ 2011, 922).<sup>16</sup> Esta última sentencia declara la nulidad de

AS 2005, 913), SSTSJ de Andalucía/Granada de 26 de enero de 2006 ( PROV 2007, 189163) ; ; Cantabria de 23 de febrero de 2005 ( PROV 2005, 93786); Extremadura de 29 de abril de 2005 ( AS 2007, 752) ; Galicia de 7 de abril de 2006 ( PROV 2007, 208902) y La Rioja de 6 de noviembre de 2007 (PROV 2008, 67207) .

<sup>15</sup> STSJ País Vasco de 27-6-2003 ( AS 2003, 2833) y 7-6-2005 ( AS 2005, 2285) , STSJ Madrid de 15-1-2001 (PROV 2002, 36584) y 18-7-2006 ( PROV 2006, 279688) y ( PROV 2006, 279684) , STSJ Cataluña de 12-7-2006 ( AS 2007, 509) , 28-7-2006 ( AS 2007, 1107) y 7-9-2006 ( AS 2007, 1217). En este sentido de considerar la declaración de improcedencia contrario al derecho constitucional de protección a la salud CARRIZOSA PRIETO, E. «Despido por incapacidad temporal: ¿Discriminación por enfermedad o represalia por el ejercicio de un derecho fundamental?», Temas Laborales, núm. 96, 2008, pgs. 282-283; SÁNCHEZ TORRES, E. «La enfermedad como causa “improcedente” del despido»: op.cit., pgs. 33-41: TAPIA HERMIDA, A. «Enfermedad, discapacidad y despido. Comentario a la STJCE de 11 de julio de 2006 ( TJCE 2006, 192) , asunto C-13/05)», Estudios Financieros, núm. 288, 2007, pg. 171.

<sup>16</sup> Esta sentencia tiene su origen en sentencia del TSJ Asturias, de 12 de marzo de 2010- Rec. 188/2010-. Tiene interés precisar que en su FJ 2º, punto 3º la sentencia recurrida recoge una afirmación con valor fáctico de la sentencia de instancia, que menciona el comportamiento de la empresa que opera, como “práctica habitual”, “coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo... cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”. Vid. Comentario en MORENO MÁRQUEZ, A. “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego” .BIB 2010\2075.

un despido del trabajador en situación de baja médica que es presionado por su empresa para reincorporarse al trabajo, sobre la base de afirmar que tal presión, bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico, constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, una actuación de este tipo resulta lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional.

El Tribunal Supremo interpreta que en la jurisprudencia alegada por la empresa el despido era una reacción de la empresa ante los efectos en el trabajo de la morbilidad del trabajador, pues en ninguna de ellas actuaba el despido como una coacción o amenaza que se orienta directamente a que el trabajador abandone el tratamiento médico impuesto con preceptiva baja en el trabajo, que es lo que ha llevado a la sentencia recurrida a justificar la nulidad del despido en la medida en que esa coacción sí que resulta relevante. Y lo es, a su juicio, porque enlaza con la doctrina del Tribunal Constitucional que en sus SSTC 62 y 160/2007 ha señalado que “el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda comprendido en el derecho a la integridad personal” y “si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”, se precisa que “una determinada actuación u omisión de la empleadora” en aplicación de su facultades de dirección y control de la actividad laboral “podría comportar, en ciertas circunstancias, un riesgo o daño para la salud de la persona trabajadora cuya desatención conllevará la vulneración del derecho fundamental citado”. Y así se concluye que “tal actuación u omisión podría afectar al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando tuviera lugar existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud, es decir, cuando se genere con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para ésta” sin que altera en absoluto la declaración de improcedencia en los restantes casos de despido analizados.

En sentido similar la STSJ País Vasco de 27 de junio de 2003 (AS 2003, 2833), en el que la trabajadora fue forzada a reincorporarse, mientras se encontraba en situación de incapacidad temporal, bajo la amenaza de que si no lo hacía sería despedida. La diferencia en este caso es que la trabajadora abandonó dicha situación y se reincorporó en varias ocasiones a su trabajo. Esto llevó a que no sólo no pudiese mejorar en

relación a sus dolencias sino que, fue empeorando, lo que nuevamente le llevó a una situación de baja médica y finalmente fue despedida. Esas sucesivas reincorporaciones dieron lugar a que la trabajadora viese lesionada su integridad más allá de la situación inicial que determinó su situación de incapacidad, lo que determinó la calificación del despido como nulo por vulneración del derecho a la integridad.

### 3.4. *El despido del trabajo en situación de IT y el derecho a la dignidad de la persona del artículo 10 de la constitución.*

El Tribunal Supremo argumenta al respecto que si bien tal dignidad es valor jurídico fundamental, «fundamento del orden político y de la paz social» (SSTC 116/1999, de 17/Junio, FJ 4; y 91/2000, de 30/Marzo, FJ 7), base de nuestro sistema de derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21/Julio FJ 4), lo cierto es que no se trata de un derecho fundamental susceptible de protección autónoma (STC 64/1986, de 21/Mayo, FJ 1; y ATC 149/1999, de 14/Junio, FJ 2), sino que únicamente opera en relación con los derechos fundamentales propiamente dichos, de manera que la falta de vulneración del alguno de estos derechos comporta la inargumentabilidad de aquel «valor espiritual y moral inherente a la persona.

### 3.5. *El despido del trabajo en situación de IT y el artículo 24 de la Constitución.*

También se ha pretendido la protección del trabajador, en cuanto que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y este derecho no se agota con la actuación de los órganos jurisdiccionales, sino que la garantía de indemnidad alcanza en el ámbito de las relaciones laborales a la protección del trabajador frente a las sanciones del empresario de adoptar medidas sancionadoras frente a las derivadas del interés legítimo del trabajador de ejercicio de sus derechos.<sup>17</sup>

Algunos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que el despido del trabajador de baja laboral por IT vulneraba la garantía de indemnidad del art. 24 porque el trabajador haciendo uso de su derecho legítimo a baja médica era despedido.<sup>18</sup> El Tribunal Supremo, por el contrario

<sup>17</sup> SSTC 26 septiembre 1988 (RTC 1988, 165), 4 octubre 1990 (RTC 1990, 151), 18 enero 1993 (RTC 1993,7), 18 enero 1993 (RTC 1993, 14) y 24 febrero 1994 ( RTC 1994, 54).

<sup>18</sup> STSJ Cataluña de 2-4-2001 ( AS 2001, 766) , STSJ Madrid de 18-7-2006 ( PROV 2006, 279688), entre otras.

ha negado la vulneración de este derecho en cuanto que el trabajador ha sido beneficiado por el derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones correspondientes que le brinda el Sistema de Seguridad Social, sin que exista conexión entre la acción empresarial y el uso del derecho por el trabajador, en tanto en cuanto los motivos de la empresa para el despido se fundamentan en la pérdida de interés productivo que ofrece el trabajador y no en una represalia por causar baja médica.<sup>19</sup>

#### 4. La defensa de la nulidad del despido del trabajador enfermo oncológico.

Nos encontramos con abundantes pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia que cuestionan la aplicación automática de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo y el Constitucional y fallan la nulidad y la imprudencia del despido. No obstante, los Tribunales no entran a debatir acerca del tipo de enfermedad que debería dar lugar a justificar la nulidad en vez de la improcedencia. Incluso en el único supuesto en el que se conoce del despido de un trabajador oncológico (STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2001, 216), el Tribunal se decanta por la nulidad pero no en función de que se trate de cáncer, sino en base a criterios generales que pueden aplicarse a cualquier tipo de enfermedad.

El enfoque de los Tribunales Superiores de Justicia se ha fundamentado esencialmente en considerar que cuando se invoca por la empresa la enfermedad como causa del despido, se incide en la discriminación del artículo 14 de la Constitución, llegando a afirmarse que la enfermedad se identifica como un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por la enfermedad.<sup>20</sup> En este sentido, resultan dignos de mención los

19 «No cabe acoger la alegación ... sobre una eventual vulneración por parte de la empresa con su decisión extintiva del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, pues la garantía de indemnidad que se comprende en el mismo, comporta la existencia de actuaciones previas del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos laborales ... En este caso la trabajadora ha utilizado pacíficamente su innegado derecho a la asistencia sanitaria y a las prestaciones que para la incapacidad temporal previene la norma y ninguna relación existe entre la utilización del derecho como tal y la acción empresarial...» (STS 12 julio 2004 [RJ 2004, 7075]).

20 Entre otras, STSJ Cataluña de 30 de marzo de 2007. STSJ Cataluña de 12 de julio de 2006 ( AS 2007, 509), casada por la STS de 22 de enero de 2008 ( RJ 2008, 1621) ; SSTSJ Cataluña de 20 y 28 de julio de 2006 ( PROV 2006, 252061) , casadas por las SSTS de 13 de febrero de 2008 ( RJ 2008, 2900)

pronunciamientos de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en dos sentencias de 18 de julio de 2006, que concluye que nuestro sistema de valores constitucionales no permite la consideración de la persona del trabajador como una mera fuerza de trabajo, Afirman estas sentencias que la rentabilidad económica, el mercado, «no puede ser la clave fundamental porque ello supone el derivar de la persona, del ser humano, al Homo utilitarista, pulverizando las normas y los valores que las inspiran y que contienen, hasta hacerlos coincidir con el universo de los poderes del mercado». Ello sucedería, «si admitiéramos que el empresario puede prescindir del trabajador enfermo porque no le es productivo o económicamente rentable, como si de una máquina averiada, o ya inservible, se tratase... nuestro globalizado sistema de valores solo es justo cuando es la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, no la riqueza material o económica, el fin último perseguido».

Por su parte, la STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2001, 216),<sup>21</sup> ha declarado la nulidad del despido de un trabajador motivado por su falta de rentabilidad para la empresa por padecer continuos procesos de Incapacidad Temporal, precisamente derivados de un proceso de cáncer. La sentencia, que sigue el criterio de otra anterior dictada por la misma Sala el 22 de diciembre de 2010 (rec. 1314/2010),<sup>22</sup> no realiza diferenciación alguna en sus argumentos por el tipo de enfermedad oncológica, ante la que se enfrenta el trabajador. Cuestiona si concurre un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desempeñar su trabajo. La Sala afirma que la empresa se limitó a constatar que el trabajador había enfermado en varias ocasiones, y que, sólo por ese hecho, procedía a su despido, afirmando que “no es de recibo el argumento de que es costosa para la empresa la baja porque ha de pagar la cotización, pues ello supone “cosificar” al trabajador (es como decir que la máquina se avería y hay que cambiarla) y además supone aceptar la enfermedad, que tiene una protec-

y 11 de diciembre de 2007 ( RJ 2008, 2884) ; STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2007, casada por la STS de 27 de enero de 2009 (RJ 2009, 1048) .

21 Vid. Comentario a la sentencia en GORDO GONZÁLEZ, L. “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”.BIB 2011\793. *Aranzadi Social* paraf. 24/2011. Editorial Aranzadi.

22 Vid. Comentario en SIRVENT HERNÁNDEZ, N. “La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad” BIB 2012\117 *Aranzadi Social* paraf. 74/2012. Ed. Aranzadi.

ción constitucional en el ámbito del derecho a la salud, como una causa de extinción, pues tal y como la empresa lo plantea lo que está diciendo es que si los trabajadores se enferman pueden ser despedidos porque son costosos, y lo mejor es pasarle el costo al Estado vía desempleo.” Recuerda que tanto el TS como el TC, admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor de discriminación cuando concurren circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación, y si ello, sigue recordando, fácilmente se observa en los casos de enfermedades que socialmente supongan un estigma, también debe apreciarse en los casos en los que se estigmatice al trabajador por el hecho de estar enfermo con independencia del tipo de enfermedad que padezca.

Las diferencias entre los planteamientos del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia analizadas, no está en reconocer que el despido deba ser declarado nulo cuando la enfermedad sea tenida en cuenta como un elemento de segregación basado en su mera existencia, ya que ninguna de las dos posturas lo niega, sino en considerar que el hecho mismo del despido del trabajador enfermo permite identificar un factor de discriminación que hace que la decisión empresarial deba considerarse nula, con independencia de si la causa alegada como base del despido es que el trabajador no sea productivo o económicamente rentable para la organización o producción empresarial.

#### 4.1. Excepción a la regla general: el elemento de segregación.

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, ni el Tribunal Supremo, ni el Tribunal Constitucional fijan una doctrina incondicionada respecto del rechazo de la declaración de nulidad del despido en los supuestos en que éste se haya producido por causa de la enfermedad del trabajador, afirmando, en su sentencia de 18 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 800), que «en cada proceso individual de despido habrá que considerar, cuál o cuáles hayan sido los factores tenidos en cuenta por la empresa». El Tribunal Constitucional, en la STC 62/2008, de 26 de mayo (RTC 2008, 62) y fijando su posición en los condicionantes que permiten incluir una causa de discriminación en la cláusula genérica de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” determina que resulta necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que “...lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza

particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE).”, afirmando en su FJ 6º que “el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo... así ocurrirá singularmente, ... cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato.”

Ni el Tribunal Supremo ni el Constitucional establecen supuestos concretos ni por enfermedades específicas, teniendo en cuenta que en todos los supuestos y que sin excepción se han declarado como despidos improcedentes y no nulos, la causa alegada por las empresas era la excesiva onerosidad que suponía la baja laboral para el empleador. El problema por tanto se centra en determinar los supuestos en los que el despido se produce sobre la base de aplicar un factor de segregación, extremo sobre el cuál la evolución jurisprudencial ha sido prácticamente nula.<sup>23</sup>

La discriminación resulta fácilmente apreciable si el despido se produce por sufrir una enfermedad concreta sobre la cual puede recaer un acusado disvalor social, o si la propia enfermedad es la que determina la inclusión del trabajador en un grupo diferenciado.

En enfermedades como el SIDA en las que se ha llevado a cabo una estigmatización del trabajador el despido resulta nulo por discriminatorio,<sup>24</sup>o incluso

23 AZAGRA SOLANO, M. “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011. Ed. Aranzadi.

24 STSJ Madrid de 5 de noviembre de 2007 (AS 2008, 490); STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2009 (AS 2009, 3135). En este mismo sentido, por parte de la doctrina, BLASCO JOVER, C.: «El despido del trabajador cero positivo o enfermo

se plantearía en supuestos de despido de trabajadoras en IT a consecuencia de accidentes o enfermedades derivadas de escenarios de violencia de género<sup>25</sup>, o en determinados supuestos excepcionales de enfermedades derivadas del embarazo que están ligadas a la condición de mujer, se considera como discriminatorio y por tanto viciado de nulidad. En este último caso, se trata, en realidad, como ha declarado el Tribunal Constitucional (SSTC 17/2007 y 74/2008), de un supuesto particular de despido discriminatorio por razón de sexo, en cuanto que la decisión o práctica de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo por motivo concerniente al estado de gestación sólo puede afectar a las mujeres, situándolas en posición de desventaja con respecto a los hombres.

Parte de la doctrina científica<sup>26</sup> ha basado su argumentación en considerar que lo decisivo es averiguar si la diferencia de trato recibida por el trabajador es debida a su adscripción a una categoría social. Una categoría formada por trabajadores que posean unas características personales concretas, entre ellas la enfermedad, que los diferencien del resto de trabajadores, siendo a su vez necesario reflexionar sobre si el tratamiento recibido por ello ha sido desfavorable para él por abocarlo a una desigualdad lesiva de su dignidad.

Otros autores, con la finalidad de buscar nuevos argumentos que permitan declarar la nulidad del despido, han planteado incluir el concepto de «discriminación indirecta»; o bien considerar la enfermedad recurrente o crónica como un factor de discriminación laboral; de establecer parámetros objetivos que permitan distinguir entre «enfermedad temporal», «enfermedad de larga duración», «enfermedad discapacitante» o «discapacidad», afirmando incluso que la enfermedad, al menos la de larga duración, tiene cabida en la prohibición de discriminación relativa a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Desde la misma perspectiva se ha defendido la posibilidad de considerar enfermedades específicas como causa de discriminación directa; o la de explorar el recurso a la garantía de indemnidad para considerar que el despido del trabajador por razón

de su enfermedad merece un mayor reproche que las consecuencias de la declaración de improcedencia.<sup>27</sup>

Las circunstancias expuestas hacen posible aseverar, por tanto, que el juicio sobre el alcance de la decisión empresarial sólo puede hacerse caso por caso. Así por ejemplo la STSJ Cataluña de 12-7-2006 –Rec. 2900/06- declara la nulidad del despido por entender que existe un factor de segregación en la elección del trabajador despedido, fundamentando la decisión en el despido de 41 trabajadores de la empresa y en base al elevado número de trabajadores afectados, considerar que se trataba de «un factor de segregación con el que la empresa configura una auténtica categoría colectiva o clase de trabajadores caracterizada exclusivamente por dicha circunstancia, la enfermedad».<sup>28</sup>

El Tribunal Supremo, no comparte esta opinión, declarando que el criterio cuantitativo no es suficiente para apreciar un elemento segregacionista en la actuación empresarial, porque «la proporción de trabajadores despedidos alegando falta de rendimiento respecto del total de incapacitados temporales y respecto del volumen de empleo de la empresa no revelaría la existencia de un propósito empresarial ni de segregación en general de trabajadores enfermos o incapacitados, ni de exclusión en particular de trabajadores afectados por determinadas enfermedades».<sup>29</sup>

27 ARETA IBAÑEZ, M., QUINTANILLA NAVARRO, Y., BARRIOS BAUDOR, G., BUENDÍA JIMÉNEZ, J.A., CAVAS MARTÍNEZ, F., TORTUERO PLAZA, J.L., y SEMPERE NAVARRO, A.V., en La calificación del despido por bajas médicas, *Aranzadi Social* 21/09, abril 2009, pgs. 145 a 169.

28 SSTSJ Cataluña 7-9-2006 (AS 2006, 1217) y 11-12-2007 (PROV 2008, 72271) . No obstante, cuenta con voto particular que rechaza que el factor segregacionista pueda deducirse necesaria y directamente del número total de trabajadores afectados; máxime si se tiene en cuenta que la empresa despidió a 41 de los 872 trabajadores en situación de IT: «No se aprecia un trato desigual respecto de otros trabajadores de una importante empresa privada que se mueve en el marco de la economía de mercado (...) sin que tampoco concorra una causa de discriminación prohibida por la ley (...) por no estarse ante un auténtico colectivo de trabajadores afectados por una decisión empresarial discriminatoria (...) el afán segregacionista no se deduce necesariamente del número de trabajadores afectados».

29 SSTS, 22 enero 2008 (RJ 2008, 1612) 18 diciembre 2007 (RJ 2008, 800) y 27 enero 2009 (RJ 2009, 1048) . La posición del TS y del voto particular de la STSJ Cataluña 12 julio 2006 también ha sido sostenida por algunos autores que interpretan que la mera pluralidad de trabajadores afectados no puede constituir la única base para concluir la existencia de un factor segregacionista y determinar la vulneración del artículo 14 CE. Si efectivamente existe un elemento de segregación, éste existirá con independencia del número de trabajadores efectivamente afectados por el despido. (CÁMARA BOTÍA, A «De nuevo sobre la calificación del despido motivado por bajas

de SIDA», en *Aranzadi Social*, nº 5, 2006.

25 STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de noviembre de 2007 (AS 2008, 489), que declara nulo el despido de una trabajadora que sufre síndrome ansioso-depresivo reactivo a padecimiento de situación de violencia de género.

26 A. TOLEDO OMS «El despido sin causa del Trabajador en situación de incapacidad temporal (*Cuadernos Aranzadi Social* 2008)» (BIB 2008, 571).

## 5. Conclusiones y propuestas.

A mi juicio el despido de trabajadores con causa en la baja por enfermedad común en supuestos de enfermedad grave, como es el caso del cáncer, debería ser sin duda despido nulo, y ello por varias razones:

En primer lugar, el hecho de que se permita el despido por motivos económicos nos estaría abocando a permitir que el trabajador que además de sufrir los efectos adversos para su salud, a lo que debemos unir la intensidad y agresividad de los tratamientos médicos sufridos se encontrara en una situación claramente desfavorable cual es el despido improcedente.<sup>30</sup> Lo contrario sería admitir el despido sin causa, aunque indemnizado, afectando el principio de estabilidad en el empleo en el que la «causalidad» se sustenta. Estamos ante un ejemplo más del fenómeno de progresiva descausalización del despido al que estamos asistiendo en los últimos años, máxime con la situación de desempleo y de crisis generalizada en la que nos encontramos.<sup>31</sup>

Partiendo de que tanto el TS como el TC, admiten la posibilidad de que la enfermedad sea un factor de discriminación cuando concurren circunstancias

---

médicas del trabajador», Aranzadi Social, núm. 14, 2007, pag. 5) (BIB 2007, 538)

30 «La referencia a la lógica empresarial, al interés productivo del empresario o a las conveniencias de la empresa es un peligroso argumento que generalizado podría justificar numerosas medidas discriminatorias que pueden ser “convenientes” para la empresa (p. ej. una trabajadora multipara, un sindicalista incómodo, etc.) en la medida en que puede ser leída como justificando un despido improcedente, acto ilícito pero debido a una causa razonable, aunque no amparada por el ordenamiento. En realidad muchas discriminaciones, no son “arbitrarias”, las genera el mercado y se pueden imponer a la lógica empresarial... frente a cuyo uso, al igual frente a la violación de cualquier otro derecho fundamental no cabría invocar el mero interés de la empresa». (RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, M. «Despido por enfermedad y discriminación», op. cit., pg. 65).

31 Afirma la doctrina que «es despido causal aquel que forma parte de un sistema jurídico que permite al empresario la rescisión unilateral del contrato cuando éste alega, o más bien, consigue acreditar, una causa legalmente establecida que justifique la rescisión. De este modo, «si el ordenamiento jurídico permite que el despido sea eficaz, aunque el empresario deba pagar una fuerte indemnización, estaremos ante un despido libre indemnizado o ante una causalidad muy atenuada». TOLEDO OLMS, A.: «El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal». Aranzadi, 1ª edición, Madrid, 2009, págs. 62 y 63 (BIB 2009, 2245) y en la misma línea SIRVENT HERNÁNDEZ, N. “La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad” BIB 2012\117 Aranzadi Social paraf. 74/2012 (Presentación). Editorial Aranzadi. Y en la misma línea el artículo de GINÉS I FABRELLAS, A. “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo.” BIB 2009\2050. Aranzadi Social num. 18/2010 (Estudio). Editorial Aranzadi.

en las que resulte apreciable el elemento de segregación, pues bien, a mi juicio en supuestos de incapacidad temporal motivados por cáncer, en cuanto a la causa de la decisión empresarial, concurre un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desempeñar su trabajo, se lleva a cabo la estigmatización de la propia enfermedad y en consecuencia se estigmatiza al trabajador por el mero hecho de estar enfermo.<sup>32</sup>

Lo que exige el Tribunal Supremo -STS de 27 de enero de 2009 ( RJ 2009, 1048)- es demostrar un móvil distinto a la inevitable repercusión negativa en el rendimiento laboral de las enfermedades o bajas médicas del trabajador como causa de extinción que determine la nulidad.

Por su parte el TC en las sentencias analizadas El Tribunal Constitucional admite que la discriminación supone un comportamiento contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes -art. 10 CE- y que la enfermedad puede constituir un factor de discriminación:

a) Cuando el factor enfermedad suponga la estigmatización como persona enferma de quién la padece (tesis coincidente con la del Tribunal Supremo), o

b) Cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en si misma considerada.

Existen enfermedades como el cáncer que aunque no se encuentren especialmente estigmatizadas socialmente, son susceptibles de generar el mismo rechazo o exclusión social que una discapacidad o minusvalía. En esta enfermedad existe un grupo de trabajadores afectados y diferenciado que es susceptible de sufrir algún tipo de segregación o trato diferenciado socialmente. Y ello conlleva que se encuentren en una situación de desventaja a la que el ordenamiento jurídico debe dar respuesta inmediata.<sup>33</sup>

---

32 Es numerosa la doctrina que afirma la posibilidad de declarar la nulidad por vulneración del artículo 14 CE entendiendo que los trabajadores en situación de IT forman una categoría homogénea de trabajadores «no aptos» o «poco productivos» que los coloca en una posición vulnerable frente a las injerencias empresariales.; SÁNCHEZ TORRES, E. «La enfermedad como causa “improcedente” de despido...», op. cit., pg. 424.

33 ARENAS VIRUEZ, M. “La incapacidad temporal

Como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, ni el Tribunal Supremo ni el Tribunal Constitucional hacen diferenciación alguna en función del tipo de enfermedad, y por tanto no se produce reflexión alguna en cuanto a que quienes pueden padecer este tipo de despidos son trabajadores sometidos a procesos de incapacidad temporal de amplia duración, cuando su especial vulnerabilidad requeriría una especial protección que garantizara la correcta recuperación del trabajador. A ello hay que añadir la práctica habitual en la que entran algunas empresas de llevar a cabo el despido, reconociendo la improcedencia del mismo cuando se trata de trabajadores en supuestos de incapacidad temporal, por lo que resulta obvio que al menos en tales casos las empresas con su reiterado recurso al despido por enfermedad están estigmatizando al trabajador enfermo con carácter general.<sup>34</sup>

En la búsqueda de una solución jurídica, algunos autores<sup>35</sup> vieron una posible modificación en el Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación,<sup>36</sup> iniciativa legislativa caducada por la disolución de las Cortes Generales, que reconocía expresamente que la enfermedad es un motivo de discriminación, afirmando en su artículo 2.3, que «la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública», y en su artículo 2.1 desarrollaba el catálogo de circunstancias contempladas en el artículo 14 de la

---

como causa de despido: nulidad o improcedencia” *Relaciones Laborales*, Nº 1, Sección Doctrina, Año 27, pág. 157, tomo 1, Editorial LA LEY.

34 Tal práctica se muestra en los hechos probados de las sentencias STS de 31 de enero de 2011 (RJ 2011, 922) y STSJ de Canarias/Las Palmas, de 25 de enero de 2011 (AS 2001, 216).

35 GORDO GONZÁLEZ, L., Ob. Cit., AZAGRA SOLANO, M. “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo.” BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011 (Comentario). Editorial Aranzadi, SEPÚLVEDA SÁNCHEZ, A. «Anteproyecto de Ley Integral de igualdad de trato y no discriminación: Discriminación por enfermedad» (BIB 2011, 3497), en *Aranzadi Social*, núm. 21, 2011; y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J. «La enfermedad como causa de discriminación en el anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación» en *Diario la Ley*, núm. 7584, marzo 2011.

36 Proyecto de Ley para la Igualdad de trato y la no discriminación. BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley. 10 junio 2011 (núm. 130-1). El Proyecto de Ley fue presentado el día 3 de junio 2011 y calificado el 7 de junio 2011, si bien resultó caducado como consecuencia de la disolución de las Cortes debido a la convocatoria de elecciones generales.

Constitución, disponiendo que «[...] nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». aunque el Proyecto del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad no contemplaba, la modificación de la redacción del Estatuto de los Trabajadores incorporando la nulidad del despido por enfermedad, se consideraba que la incorporación al ordenamiento jurídico de la enfermedad como causa de discriminación podría terminar con las reticencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de entender que la enfermedad no entraría dentro de las causas de discriminación, máxime cuando el art. 12 del citado Proyecto incorporaba expresamente la prohibición de discriminación para el despido, porque bajo la rúbrica de “*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo y el trabajo por cuenta ajena.*”, en su apartado 1 establecía que “No podrán establecerse limitaciones, segregaciones o exclusiones por razón de las causas previstas en esta ley para el acceso al empleo por cuenta ajena, incluidos los criterios de selección, en la formación para el empleo, en la promoción profesional, en la retribución, en la jornada y demás condiciones de trabajo, así como en la suspensión, el despido u otras causas de extinción del contrato de trabajo.”

Como conclusión final podemos señalar que la solución normativa que ponga fin a estas situaciones injustas de despidos de trabajadores enfermos por razones puramente economicistas, pasaría, como ha señalado la doctrina<sup>37</sup> por dos tipos de reformas: la inclusión de una nueva causa de discriminación en el artículo 4.2.c) ET («con motivo de enfermedad, estado de salud o situación de incapacidad temporal»), y la introducción de un apartado d) en el artículo 55.5 ET que expresamente declarase la nulidad del despido del trabajador con motivo de su enfermedad, estado de salud o situación de incapacidad temporal, siendo previsible que de no afrontar la demandada reforma legislativa nos encontremos con un incremento progresivo de despidos por esta vía, que atendiendo a motivos meramente de rentabilidad económica, especialmente con la actual coyuntura de crisis económica, se dispare el número de estos despidos.

Sin perder de vista el tema central que nos ocupa, que es el derivado de las enfermedades oncológicas, una solución pasaría por recoger expresamente este

---

37 GINÈS FABRELLAS, A.: «La nulidad del despido...», op. cit..

tipo de enfermedades como causa de nulidad del despido. Argumento defendible desde diversas perspectivas, máxime cuando el legislador ya ha apostado por dotar de protagonismo a la enfermedad del cáncer en instituciones propias del Derecho del Trabajo, como ocurre con la reciente excepción a las faltas justificadas al trabajo del art. 52-d) ET o en el permiso por cuidado menores afectados por cáncer del art. 37-5 ET.

## II. REGULACIÓN ESPECÍFICA EN LA LEGISLACIÓN LABORAL DEL TRABAJADOR ENFERMO ONCOLÓGICO.

### 1. La exclusión del tratamiento médico de cáncer de las faltas de asistencia justificadas del artículo 52.d) ET.

El Estatuto de los Trabajadores regula en su artículo 52 la extinción del contrato o despido por causas objetivas. Sin entrar en otras consideraciones referentes a este precepto, nos detendremos en el análisis del apartado d) referente al despido por faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes. Tras señalar los porcentajes correspondientes de ausencias en su primer párrafo “d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses”, realiza una enumeración de faltas de asistencia no computables a estos efectos: “... las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.”

La reforma laboral de 2012 llevada a cabo por la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio), incorpora una excepción que afecta directamente al

tema que nos ocupa, refiriéndose expresamente a los trabajadores enfermos de cáncer del siguiente tenor literal: “Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”

Esta excepción resulta de suma importancia, ya que su finalidad es directivamente la protección del trabajador enfermo oncológico y fue incorporada por la versión parlamentaria, sin que hubiera sido contemplado por el texto del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. La misma procede de una enmienda del grupo parlamentario del Partido Popular<sup>38</sup> con la justificación expresa de “Mejora técnica, para evitar despidos por razones de ausencia justificada al trabajo en atención a un tratamiento médico o por razón de un periodo muy concreto en que se pueda producir algún problema puntual de salud.” Sin entrar en cuestiones médicas cabe señalar en este punto que el enfermo oncológico, en función del tratamiento prescrito puede precisar sesiones de tratamiento distintas que conlleven o no la hospitalización. Asimismo, una vez que el trabajador ha finalizado sus tratamientos médicos que requerían una mayor supervisión puede resultar debido a la oportuna prescripción médica necesario controles habituales acerca de su estado de salud o incluso proseguir de modo intermitente con el tratamiento médico que pudiera ser compatible con su actividad laboral. Del mismo modo se pueden plantear nuevas bajas de corta duración para el trabajador, esto es, de hasta veinte días consecutivos y que en caso de no recogerse la excepción pasarían a computarse en las ausencias al trabajo que podrían motivar el despido procedente por causas objetivas.

Con la finalidad de valorar en toda su importancia esta excepción, debemos insistir en que el Estatuto de los Trabajadores no reconoce con carácter general permisos o licencias para consultas médicas del propio trabajador, por lo que no podrían recogerse en la excepción genérica de “licencias”, y ello porque en el artículo 37-3 ET que establece una enumeración cerrada de los motivos que previo aviso y justificación posibilitan que el trabajador pueda ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, no realiza ninguna referencia a consultas médicas.<sup>39</sup> Es por la vía del Convenio Colectivo donde se introducen

38 Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. 27 abril de 2012 Núm. 4-6 Enmienda núm. 649 (Partido Popular).

39 Salvo el apartado f) que se refiere exclusivamente a “... la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.”



motivos adicionales de permisos, dando cabida a las oportunas licencias por asistencia a consultas médicas en los términos previstos en el mismo, siendo frecuente que los convenios colectivos diferencien entre consultas médicas de especialistas y otros motivos de consultas propios de medicina general, aunque no hacen distinciones en función de la enfermedad del trabajador.

La excepción incorporada en el 2012 referente a que "Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave", nos permite incluir en este supuesto aquellas bajas por enfermedad común que sean inferiores a 20 días y que con carácter general se incluyen en el cómputo de faltas de asistencia sumándose a los porcentajes correspondientes. Debemos recordar que en las demás situaciones derivadas de enfermedad común o accidente no laboral se requieren dos exigencias, por un lado y referente a su duración, deben tener una duración a veinte días consecutivos y en segundo lugar deben ser acordadas por los servicios sanitarios oficiales,<sup>40</sup> ya que en caso contrario la baja sería injustificada. Aunque el problema que nos ocupa estaría al margen de esta excepción, debemos señalar que cuando se trata de enfermedad común o accidente no laboral puede derivarse del texto legal la sospecha de una posible conducta irregular aun tratándose de justificantes oficiales de ausencia al trabajo, lo que en algún supuesto podría llevar a prolongarse por tiempo superior a veinte días de modo fraudulento con la finalidad de computarse entre las excepciones mencionadas.

Por otra parte, la Ley 3/2012 de 6 de julio, eliminó la barrera del índice de absentismo total de la plantilla que se incorporaba a ese artículo y que dependía por tanto del absentismo de sus compañeros de trabajo, por lo que actualmente únicamente el elemento a considerar es el índice de absentismo individual del trabajador.

Como ha señalado la doctrina,<sup>41</sup> la importancia de esta causa de despido lo demuestra el incremento de los pronunciamientos judiciales, destacando la

40 STS de 24 de octubre de 2006, R.º 2247/2005; SSTSJ País Vasco, de 19 de diciembre de 1993; Cataluña, de 5 de octubre de 2007, R.º 4777/2007; Cataluña, de 22 de enero de 2008, R.º 7341/2007; Murcia, de 31 de julio de 2008, R.º 641/2008, Madrid, de 24 de mayo de 2004, R.º 1205/2004.

41 Poquet Català, R. "La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012" *Actualidad Laboral*, N.º 11, pág. 3, tomo 1, Ed. La Ley.

STS de 23 de enero de 2007,<sup>42</sup> que decidió un aspecto esencial, cual es, el cálculo del índice de absentismo total de la plantilla, interpretando que al respecto deben excluirse las faltas señaladas en el párrafo segundo del art. 52.d) ET como no computables.

No podemos obviar, que se trata de un despido por faltas de asistencia justificadas, que motiva el despido en la excesiva onerosidad para la empresa que suponen las faltas de asistencia con independencia de su justificación en cuanto a los problemas que se derivan para la organización del trabajo o sustitución del trabajador.

La doctrina ha debatido si se trataba de una enumeración cerrada o meramente ejemplificativa<sup>43</sup> y por otra parte el trabajador debe justificar las ausencias, y en cuanto que no se recoge límite temporal la excepción alcanza a todo el tiempo preciso de licencia.

## 2. Complementos o primas como respuesta al índice de absentismo y complementos de IT en función del tipo de enfermedad.

Los convenios colectivos, podrían establecer mejoras orientadas a que el trabajador que sufre cáncer u otra enfermedad grave tuviera un trato diferenciado respecto a beneficios tales como el abono del complemento de incapacidad temporal a cargo de la empresa, tal y como se establece en otros supuestos, como es el caso de la hospitalización, si bien esta práctica no se recoge por la negociación colectiva. Así a modo de ejemplo cabe señalar las previsiones del V Convenio colectivo estatal del corcho (BOE 21 septiembre 2012, que en su art. 57.2 regula los complementos de Incapacidad Temporal: "La empresa complementará desde el primer día el salario del trabajador en situación de incapacidad temporal, hasta el 100% del mismo, en los siguientes supuestos:

42 (R.º núm. 4465/2005), comentada por Beltrán de Heredia Ruiz, I. «El índice de absentismo de la plantilla como parámetro de referencia para la resolución del contrato por faltas de asistencia ex. art. 52 d) ET (Comentario crítico a la STS 4ª de 23 de enero de 2007)», en *Relaciones Laborales* núm. 18, 2007).

43 Mientras que para un sector doctrinal se trata de una lista cerrada, Sala Franco, T., *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pág. 36, para otro sector Asquerino Lamparero, M.J., «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo», en *AS*, núm. 2, 2006, pág. 8, al cual me sumo y en base al tenor literal, además porque en caso contrario no tendrían sentido las continuas modificaciones del precepto cada vez que se aprueba una norma que incluye la regulación de alguna situación suspensiva susceptible de afectar a la interpretación de las ausencias del art. 52.d).

B) Cuando la incapacidad temporal derive de accidente no laboral o enfermedad común, siempre que el trabajador haya estado hospitalizado ininterrumpidamente como consecuencia de dicho accidente o enfermedad por un período de al menos 10 días”. De un modo similar, el V Convenio colectivo del sector de la construcción. (BOE 15 marzo 2012), reconoce en su art. 67 un Complemento en caso de hospitalización, “... sólo para los casos que sea necesaria la hospitalización, las empresas abonarán un complemento que, sumado a las prestaciones reglamentarias, garantice el 100 por 100 en del salario base y pluses salariales establecidos en el convenio provincial respectivo durante la aludida hospitalización y los sesenta días siguientes, siempre que continúe la situación de incapacidad temporal.”

Cuestión distinta es la referente al complemento económico que se percibe por el trabajador en el supuesto de no tener ausencias en el trabajo, sin que los Convenios Colectivos diferencien según la entidad de la causa de la enfermedad que justifica la asistencia al trabajo. A modo de ejemplo, el Convenio Colectivo de la empresa General Motors España, S.L.U. (BOP Zaragoza 17 mayo 2010), en su art. 73 regula el Complemento de la prestación por incapacidad temporal, en el supuesto de enfermedad común garantizando a los trabajadores, desde el cuarto día hasta el decimoquinto, el cobro del 70% de su salario real, condicionado a que el empleado no haya estado en situación de incapacidad temporal en los trescientos sesenta y cinco días inmediatamente anteriores al comienzo de la baja. En función del tiempo se reconoce igualmente por un tiempo máximo de dieciocho meses, el cobro del 80 ó 90% de su salario real.<sup>44</sup>

En otros supuestos la percepción del complemento de incapacidad temporal cuando se trata de enfermedad común está en función del índice de absentismo de la plantilla. Este es el caso por ejemplo del CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 27 diciembre 2011), que aunque en su artículo 15.2, diferencia el complemento de IT dependiendo del período de baja de que se trate, sin diferenciar en función de la gravedad de la enfermedad: Así por ejemplo en los casos de IT por Enfermedad Común o Accidente no Laboral, en la primera baja dentro del año natural, las empresas complementarán las prestaciones de la

44 El cobro mensual del complemento estará condicionado al porcentaje mensual de absentismo por incapacidad temporal del conjunto de la planta y al absentismo individual de cada empleado. Los porcentajes mensuales de incapacidad temporal por enfermedad común (excluida maternidad) establecidos como objetivo son 4% en el año 2010, 3,90% en el año 2011 y 3,80% en el año 2012.

Seguridad Social 100% del salario real del trabajador en jornada ordinaria.<sup>45</sup>

Otras veces, los convenios colectivos reconocen una prima anual individual ligada a la reducción del absentismo por enfermedad cuando su nivel esté por debajo de determinados parámetros, sin que una vez más se introduzcan criterios para beneficiar al trabajador en función de la causa de enfermedad común. Tal es el caso, por ejemplo del IV Convenio colectivo de Exide Technologies España, SA. (BOE 27 abril 2011), que recoge en su Disposición adicional cuarta la denominada prima de absentismo, por la que se establece una prima anual individual ligada a la reducción del absentismo por enfermedad y accidente común de cada Centro de trabajo<sup>46</sup>. De un modo similar el I Convenio colectivo de Accepta Servicios Integrales, SLU (BOE 6 junio 2012) reconoce un incentivo variable.<sup>47</sup>

Los Tribunales han interpretado que las cláusulas por las que se establecen incentivos como instrumento disuasorio de las ausencias laborales no son inconstitucionales, ni son discriminatorias para los tra-

45 “...En función del índice de absentismo, para el conjunto de los trabajadores de cada centro de trabajo por enfermedad común o accidente sea laboral o no en el cómputo de los doce meses anteriores se establece la siguiente escala para el presente Convenio Colectivo: a) Del 0 al 3,5 de absentismo, el 100% del salario; b) Del 3,51 al 4,50 de absentismo, el 95% del salario; c) Del 4,51 al 5,00 de absentismo, el 90% del salario; d) Del 5,01 al 6,00 de absentismo, el 85% del salario; e) Del 6,01 al 7,00 de absentismo, el 80% del salario. Este índice se obtendrá dividiendo las horas perdidas por Enfermedad Común y Accidente de Trabajo por 100 entre horas normales teóricas de trabajo.”

46 Siempre que se cumplan las siguientes condiciones: El objetivo es reducir el nivel de absentismo individual por enfermedad y accidente común por debajo del tres y medio por ciento y en compensación abonar a todos los trabajadores de alta en la empresa durante todo el año fiscal anterior (12 meses) que sirve de cálculo, y permanezcan de alta en la empresa en la fecha de pago (abril), una prima individual y anual, en función del porcentaje de absentismo colectivo.

47 Anualmente, se establecerá un incentivo del 1% sobre el salario base, sin que tenga naturaleza de salario consolidable. Este incentivo variable retribuye individualmente a cada trabajador y cada año en función de su nivel de absentismo, y se abonará prorrateado en los recibos de salarios del año natural siguiente al que sirve de cálculo. Este incentivo por nivel de absentismo, gratificará la aportación individual de aquel trabajador que haya prestado servicios durante todo el año natural, siempre y cuando su nivel de absentismo sea inferior al equivalente de ocho jornadas efectivas de trabajo en dicho año natural. No se computarán para el cálculo del nivel de absentismo, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación sindical de los trabajadores, accidente de trabajo o enfermedad profesional, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones.

bajadores que por razón de incapacidad temporal no hayan podido cubrir el número mínimo de asistencias que se precisan para devengar el plus. Así, la STSJ Cataluña, de 29 de marzo de 2007, (núm. 12/2007), recoge la doctrina del TC de su sentencia 189/1993, de 14 de junio, argumentando que “La enfermedad no es por sí misma un factor discriminatorio, pues el art. 14 de la CE, al regular el principio de igualdad ante la Ley, no la menciona como factor de discriminación, al tiempo que el artículo 17.1 del ET, no menciona tampoco la enfermedad o la situación de incapacidad temporal como una causa de discriminación». El Tribunal Supremo ha analizado las primas de asistencia desde la perspectiva del cumplimiento de objetivos de carácter colectivo cuando la empresa se negaba a abonarlas a los trabajadores en situación de Incapacidad Temporal. Al respecto, ha argumentado<sup>48</sup> que el carácter colectivo del cumplimiento de los objetivos determina que si todos los trabajadores participan en la consecución de los objetivos es obvio que “también habrán de participar en el reparto... quienes, aun con sus contratos suspendidos por imperativo del art. 45.1.c) ET, así mismo fueron tomados en consideración para la determinación del grado o nivel de productividad que luego ha dado lugar a la suma a repartir”; se trata de “un complemento salarial por resultados, cuyo devengo es propiamente colectivo, alcanzándose, mediante los esfuerzos mancomunados de todos los trabajadores de la empresa... de manera que, si se alcanzan los objetivos, deberán repartirse mancomunadamente entre todos los trabajadores,... sin que sea exigible ningún tipo de distinción en función de tiempo de trabajo o de resultados concretos”. Tampoco se considera infringido el artículo 45.2 ET que establece la exoneración de las obligaciones de trabajar y de remunerar cuando el contrato está en suspenso por incapacidad temporal, porque “dicha exoneración no implica ninguna prohibición de establecer determinadas remuneraciones pactadas colectivamente... cuya naturaleza de contraprestación económica en el marco de una relación laboral está fuera de toda duda.” -STS 10 noviembre 2010 (RC 222/2009)-.

### *2.1. El complemento de incapacidad temporal en la administración pública.*

La finalidad del complemento de Incapacidad Temporal es completar económicamente el subsidio y si bien como se ha analizado en los párrafos prece-

denes no se diferencia en virtud de la gravedad de la enfermedad en los convenios colectivos, requiere un estudio especial el supuesto de los empleados públicos.

En el supuesto de Incapacidad Temporal se percibía íntegramente el 100% de su salario hasta fechas recientes. La aprobación del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14 Julio 2012), establece una nueva regulación de la prestación económica en los supuestos de incapacidad temporal para los empleados públicos modulando la plenitud retributiva vigente hasta la fecha y concediendo un plazo de tres meses al resto de las Administraciones Públicas para proceder a su adaptación normativa dentro de los límites establecidos por el citado Real Decreto-Ley. El mandato consiste en que cada Administración Pública determinará, respecto del personal a su servicio, tanto personal funcionario como personal laboral, los complementos retributivos que en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social corresponda en las situaciones de incapacidad temporal.

En todo caso, en virtud de la previsión del art. 9 de esta norma, cuando se trate de una incapacidad temporal por contingencias comunes, durante los tres primeros días, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el cincuenta por ciento de las retribuciones. Asimismo, desde el cuarto día de la situación de incapacidad temporal por contingencias comunes y hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento retributivo que con carácter de mejora voluntaria se pueda establecer no podrá superar el setenta y cinco por ciento de las retribuciones.

En cuanto a los supuestos previstos derivados de enfermedad común que nos ocupan, y si bien no se hace referencia alguna en la norma estatal al tipo de enfermedad, el artículo 9 en su apartado 5, señala que “Cada Administración Pública podrá determinar, respecto a su personal, los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificados se pueda establecer un complemento hasta alcanzar, como máximo, el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.”

<sup>48</sup> SSTS 6 de Noviembre 2012 (REC.3940/2011) 7 de diciembre 2011 (RCUD 219/2011), 5 octubre 2010 (RC 243/2009).

Hasta la fecha, si bien en algunas Comunidades Autónomas no se ha establecido ningún tipo de mejora al respecto, cabe señalar los supuestos previstos en Andalucía y Aragón, que introducen el complemento del 100% a percibir por los empleados públicos en el supuesto de cáncer.

Para la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto-LEY 1/2012, de 19 de junio, de Medidas Fiscales, Administrativas, Laborales y en materia de Hacienda Pública para el reequilibrio económico-financiero de la Junta de Andalucía (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 122 de 22 de junio 2012), en su artículo 14 reconoce un complemento por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad, adopción y acogimiento, del siguiente tenor literal: “1.ª Se abonará el 100 por cien del complemento por incapacidad temporal en los supuestos en los que la incapacidad temporal se origine por contingencias profesionales, y por contingencias comunes que generen hospitalización con estancia hospitalaria o intervención quirúrgica. Asimismo, se percibirá el 100 por cien de este complemento en el caso de enfermedad grave dentro de los supuestos que establece el Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.”

De un modo similar, en la Comunidad Autónoma de Aragón, a través de una Ley una Instrucción regula la cuestión. La Ley 7/2012, de 4 de octubre, de Medidas extraordinarias en el sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón para garantizar la estabilidad presupuestaria (BOE 26 de octubre 2012), en su artículo 9 establece que: “La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón determinará respecto a su personal los supuestos en que con carácter excepcional y debidamente justificado el complemento pueda alcanzar durante todo el periodo de duración de la incapacidad el cien por cien de las retribuciones que vinieran disfrutando en cada momento. A estos efectos, se considerarán en todo caso debidamente justificados los supuestos de hospitalización e intervención quirúrgica.”

Esta ley autonómica no llega todavía a concretar, cuestión que se realiza a través de la Instrucción de 10 de octubre de 2012, de la Dirección General de la Función Pública y Calidad de los Servicios, por la que se aprueban criterios de gestión sobre medidas en materia de complementos de incapacidad tem-

poral (BOA 11 octubre 2012), que en su apartado Cuarto, con la rúbrica de “*Supuestos excepcionales*”, reconoce que “1. Se abonará un complemento hasta alcanzar el cien por cien de las retribuciones desde la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales y por las contingencias comunes que generen: Hospitalización. Intervención quirúrgica. Enfermedad grave. 2. A los efectos de esta Instrucción se entenderán por enfermedad grave las incluidas en el Anexo I Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y aquellas que así determine el facultativo médico responsable. Con objeto de incorporar otras patologías que, siendo inhabilitantes para el trabajo, revistan una especial gravedad, se constituirá al efecto una ponencia técnica, compuesta por representantes de la Administración, las organizaciones sindicales y facultativos médicos especializados.”

Del mismo modo que el previsto para Andalucía y dado que sólo existe una norma que realice una enumeración de enfermedades graves, se remite en su previsión al Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (BOE 30 de julio de 2011), que en su Anexo I lleva a cabo una enumeración de las denominadas “enfermedades graves”, y por lo que respecta a oncología, la cuestión se regula en su apartado I, incluyendo el siguiente listado en atención a las posibles patologías:

1. Leucemia linfoblástica aguda,
2. Leucemia aguda no linfoblástica,
3. Linfoma no Hodgkin,
4. Enfermedad de Hodgkin,
5. Tumores del Sistema Nervioso Central,
6. Retinoblastomas,
7. Tumores renales,
8. Tumores hepáticos,
9. Tumores óseos,
10. Sarcomas de tejidos blandos,
11. Tumores de células germinales,
12. Otras neoplasias graves.

### **3. La prestación de cuidado de menores afectados por cáncer.**

La prestación de cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y la consiguiente

reducción de jornada para llevar a cabo tal cuidado, se encuentra regulada en el artículo 37.5 ET, desarrollada en el RD 1148/2011, de 29 de julio y en el ámbito de Seguridad Social en la LGSS, arts.38.1.c, 135 quáter, 180.3 y Disposición Adicional 8ª.4.

Esta prestación no afecta directamente a los trabajadores enfermos oncológicos, si bien resulta interesante realizar un análisis de la misma con la finalidad esencial de contemplar la incorporación expresa de esta enfermedad al ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social.<sup>49</sup>

La necesidad de regular las ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor, relacionados con accidentes o enfermedades de familiares, ya se preveía en el Acuerdo marco (revisado) sobre permiso parental de 18 junio 2009 (celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES) y, finalmente, aplicado por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010. En su artículo 7 el Acuerdo Marco establece que “los Estados miembros o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador... los Estados miembros o los interlocutores sociales podrán precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación de la cláusula 7.1 y limitar dicho derecho a una duración determinada por año o por caso”.

El sujeto titular de este permiso será el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, que tiene derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario.

La reducción de jornada, ha de ser, al menos, de la mitad de la duración de aquélla, y se establece que se entiende referida a una jornada de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computa sin tener en cuenta

otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa. En este supuesto, a diferencia de la reducción de jornada prevista con carácter general en el art. 37-5 para el cuidado de hijos que establece un mínimo de un octavo y un máximo de la mitad de la jornada, la reducción de jornada se entiende por el legislador que tendrá que ser significativa en atención a la situación que la origina. Es por ello que se fija mínimo legal de la mitad de la jornada, aunque no se establece ningún máximo. Como ha señalado la doctrina<sup>50</sup>, la reducción de jornada nunca podrá superar el máximo del 99,99% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, debiendo mantenerse por tanto un mínimo de actividad en cuanto que jurídicamente no se trata de una causa de suspensión ni de excedencia, por lo que un mínimo de actividad laboral siempre tiene que existir.

El hecho de no fijar un límite máximo en aras a dotas de mayor flexibilidad a la figura obligó al INSS a rectificar su posición inicial, en la que sostenía que, “al no tratarse de una suspensión de la relación laboral, parecía razonable situar dicho límite máximo en el 75 por 100”.<sup>51</sup>

Cuestión fundamental es la concreción horaria y la determinación del período de disfrute: Al respecto resulta aplicable el apartado 6 del art. 37 que no diferencia entre los diversos supuestos de reducción por cuidado de hijos reconocidos en el apartado 5 y que establece que “... corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria.”, lo que a mi juicio nada impide que el trabajador opte por concreciones distintas en función de las necesidades que requiera el menor a lo largo del proceso de enfermedad, en cuanto que puede alcanzar tanto ingreso hospitalario como tratamiento domiciliario y tratamientos médicos de diversa entidad. La reforma laboral introducida por la Ley 3/2012 ha modificado este apartado introduciendo la previsión de que “No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada”, aplicable también al supuesto de reducción de jornada por cuidado de hijos afectados por cáncer.

49 La disposición final 21ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, introdujo con efectos de 1 de enero de ese año la nueva prestación de la Seguridad Social. La concreción del listado de enfermedades consideradas graves a efectos del reconocimiento de la prestación se delegó a nivel reglamentario: a través del RD 1148/2011, de 29 de julio, que desarrolla el régimen jurídico de la prestación, entrando en vigor el 1 de agosto de 2011, con efectos retroactivos al 1 de enero.

50 MELLA MÉNDEZ, L. “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social”. *Relaciones Laborales*, Nº 1, pág. 8, Enero 2013, Año 29, tomo 1, Editorial LA LEY.

51 Cfr. Instrucciones provisionales para el trámite y reconocimiento de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer, de 17 marzo 2011, del entonces Director General del INSS (Panizo Robles).

A ello hay que añadir que exclusivamente para esta reducción, en cuanto que se recoge en el tercer párrafo del art. 37-5 se reconoce que “Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas.” La previsión, aunque demuestra una voluntad favorable a la acumulación, remite al convenio colectivo y por tanto de no regularse la cuestión a nivel de negociación colectiva, quedaría en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes. En cuanto que al trabajador le puede interesar la acumulación en días completos y en unas épocas concretas, derivadas de los tratamientos médicos, consultas oncológicas o bien hospitalizaciones, el legislador debería haber reconocido expresamente la posibilidad de acumulación en jornadas completas. En el supuesto de que opte el trabajador por jornadas completas, la referencia al disfrute dentro de su “jornada ordinaria” debe entenderse matizada y entenderla por tanto como jornada en cómputo anual. Tras la reforma laboral del 2012 se mantiene en su redacción anterior el supuesto que nos ocupa, cuestión que lo aleja una vez más de la reducción de hijos con carácter general puesto que se incorpora por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la referencia a “jornada diaria”, quedando imposibilitado el trabajador para llevar a cabo dicha acumulación en su reducción.

En el supuesto de disconformidad en la materia, el artículo 37-5 ET establece con carácter general que “Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.”

Un análisis de los convenios colectivos vigentes nos lleva a la conclusión de que esta invitación a la negociación colectiva no se ha recogido con carácter general por los negociadores, siendo excepcional el tratamiento de la medida en tal ámbito normativo. En algún supuesto, los convenios colectivos optan meramente por recordar la figura remitiéndose a la legislación vigente<sup>52</sup>, si bien en algún supuesto que

52 Por ejemplo, el IX CC nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26 de mayo 2011), que en su Disposición adicional cuarta, con la rúbrica de “Cuidado de menores afectados con cáncer o enfermedad grave” establece que “Los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, para el cuidado de menor o menores

podríamos calificar como excepcional en el panorama general que nos ocupa, se ha negociado la posibilidad de acumulación.<sup>53</sup>

El menor debe estar afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave. El cáncer o enfermedad grave debe implicar un ingreso hospitalario de larga duración; si bien se considera asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. También es aplicable a la recaída, sin que sea necesario que exista nuevo ingreso hospitalario, si bien debe acreditarse mediante una nueva declaración médica. La acreditación de la enfermedad y de la necesidad de cuidado, se realiza mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico del cáncer o enfermedad se lleve a cabo por servicios médicos privados, siendo en estos casos también necesario que se cumplimente por el médico del centro responsable de la atención del menor. La referencia inicial al cáncer sugiere que esta enfermedad es la que realmente justifica el supuesto<sup>54</sup> y que se ex-

---

que estén a su cargo y se encuentren afectados por el cáncer o enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración y/o tratamiento continuado de la enfermedad, tendrán derecho a la reducción de su jornada, con reducción proporcional de haberes, conforme a lo establecido en la legislación vigente..

53 Ejemplo de ello es el CC para las empresas de comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines (BOE 15 diciembre 2011), que en su artículo 37, tras recoger la previsión legal “Tendrán derecho a una reducción de jornada de al menos el 50% de su duración con disminución proporcional de su salario los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado de menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el Servicio Público de Salud u otro Órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente”, reconoce expresamente que “Este derecho podrá ser acumulado en jornadas completas, si así lo decidiera la persona cuidadora al inicio del disfrute de la reducción de jornada.” No obstante a mi juicio y puesto que los convenios colectivos llegan a contemplar la posibilidad de acumulación, debería quedar abierta la posibilidad de fijar a lo largo del proceso patológico diversas concreciones de jornadas en función de las necesidades del menor enfermo.”

54 Como ha señalado la doctrina, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.” BIB 2011\258, pág. 9, *Aranzadi Doctrinal* num. 1/2011 (Estudio). Ed. Aranzadi. El cáncer infantil constituye el paradigma de las

tiende a otras enfermedades graves, contempladas por vía reglamentaria en el anexo del Real Decreto citado, que como se ha puesto de manifiesto en las páginas precedentes, su ámbito de aplicación va más allá de la reducción de jornada en cuanto que se toma como referencia por el legislador estatal o autonómico en cuanto a la clasificación de las denominadas “enfermedades graves”.

Se requiere tener cubierto el mismo período de cotización exigido para la maternidad, en consecuencia, no se exige a las personas trabajadoras que tengan menos de 21 años de edad en la fecha en que inicien la reducción de jornada. En los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, o de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal, se reconoce a favor de la persona determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuye la condición de persona beneficiaria a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. También se puede, mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, ya que el derecho a percibirla sólo puede ser reconocido a favor de uno de ellos.

En cuanto a la duración de la prestación, el Real Decreto 1148/2011 en sus artículos 7 y 9, establecen que su nacimiento se produce a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada, siempre que se haya solicitado en el plazo de 3 meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción, en la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua que le corresponda. Transcurrido dicho plazo, los efectos se retrotraen un máximo de 3 meses. Su reconocimiento inicial, mediante resolución de la entidad gestora o mutua notificada en el plazo de 30 días, es por un mes, prorrogable por periodos de 2 meses (o por el período concreto acreditado en la declaración médica de ser inferior) y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años.

---

enfermedades graves, no solo por la repercusión en la salud del menor sino por la complejidad y duración del tratamiento. Según las estadísticas elaboradas por el Registro Nacional de Tumores Infantiles (RNTI) cada año son diagnosticados en España entre 1000 y 1200 cánceres infantiles. La cifra puede parecer baja pero hay que tener en cuenta que desde 1980 hasta marzo de 2009 los distintos centros hospitalarios con unidades de oncología infantil notificaron al RNTI un total de 21.889 tumores en menores de diecinueve años.

Por lo que respecta a la cuantía, el RD 1148/2011 en sus artículos 6 y 8 establece que la prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Su pago se realiza por periodos mensuales vencidos, deduciéndose la aportación del trabajador a la Seguridad Social y el IRPF, estando el empresario obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo a la cotización a la Seguridad Social. Se efectúa directamente al beneficiario por la entidad gestora o a la mutua con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales en la fecha de inicio de los efectos económicos de la prestación, hasta la fecha del vencimiento del documento de asociación. Las cotizaciones realizadas durante estos periodos de la reducción de jornada, se computan incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

### **III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO LABORAL DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS ONCOLÓGICOS**

El derecho a la intimidad, en íntima conexión con la protección de datos en el ámbito laboral será la última cuestión que abordaremos en el presente estudio.

El cáncer es una enfermedad que por su gravedad y secuelas, se podría considerar una de las más estigmatizadas. Esta afirmación requiere que por sus especiales características analicemos los derechos que amparan al trabajador enfermo oncológico desde la perspectiva del derecho a la intimidad y la protección de datos, y ello porque en ocasiones el trabajador o candidato a trabajador de la empresa puede que no tenga interés en que la empresa conozca en sus antecedentes médicos el haber sido víctima de la misma o que se limite la información a extraer de los reconocimientos médicos, o bien que los resultados de estos no lleguen al conocimiento del empresario. Resulta preciso abordar la cuestión en primer lugar desde una perspectiva centrada en las normas laborales y la doctrina del derecho a la intimidad sentada por el

Tribunal Constitucional. En segundo lugar analizaremos la protección del trabajador diagnosticado o que ha superado la enfermedad de cáncer desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal y los procedimientos sancionadores llevados a cabo por la Agencia Estatal de Protección de datos.

### 1. Vigilancia de la salud, reconocimientos médicos y consentimiento.

El núcleo de la regulación legal lo encontramos en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL), cuyo art. 22-1 establece que “1. El empresario garantizará a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo.

Esta vigilancia sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento. De este carácter voluntario sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.”

Podemos sintetizar lo sentado como notas características y principios en materia de vigilancia de la salud sentados por el Tribunal Constitucional en los siguientes<sup>55</sup>: “la determinación de una vigilancia periódica –y como regla general consentida– del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes a su actividad laboral; la voluntariedad del sometimiento a los reconocimientos médicos; la existencia de situaciones tasadas en las que resulta imprescindible la realización de las exploraciones

médicas, limitándose así, excepcionalmente en esos casos, la libre determinación del sujeto; el principio de la indispensabilidad de las pruebas y de su proporcionalidad al riesgo; el necesario respeto del derecho a la intimidad, a la dignidad de la persona y a la confidencialidad de la información relacionada con su estado de salud; el derecho del trabajador a conocer los resultados; la prohibición de utilización de los datos relativos a la vigilancia de la salud con fines discriminatorios o en perjuicio del trabajador; la prohibición de comunicación de la información resultante, salvo que exista consentimiento expreso del trabajador, y la posibilidad de transmitir al empresario y a las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención únicamente las conclusiones que se deriven de las exploraciones, y con el exclusivo objeto de que puedan desarrollar sus funciones en materia preventiva.”

#### 1.1. La determinación del carácter obligatorio o voluntario de los reconocimientos médicos.

La clave del problema la encontramos en el art. 22-1, párrafo segundo LPRL transcrito, interpretado conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Sentencia 196/2004, que concluye que los reconocimientos médicos obligatorios únicamente están habilitados por la Ley cuando concurren una serie de notas:

- 1º- “la proporcionalidad al riesgo (por inexistencia de opciones alternativas de menor impacto en el núcleo de los derechos incididos)”.
- 2º- “la indispensabilidad de las pruebas (por acreditarse *ad casum* la necesidad objetiva de su realización en atención al riesgo que se procura prevenir, así como los motivos que llevan al empresario a realizar la exploración médica a un trabajador singularmente considerado)”.
- 3º- “y la presencia de un interés preponderante del grupo social o de la colectividad laboral o una situación de necesidad objetivable (descrita en los supuestos del segundo párrafo del art. 22.1), notas que justificarían en su conjunto la desfiguración de la regla ordinaria de libertad de decisión del trabajador.”

Por el contrario la obligatoriedad no puede imponerse si únicamente está en juego la salud del propio trabajador, porque tiene plena libertad para decidir acerca de la vigilancia de su salud sometándose o no a los reconocimientos en atención a las circuns-

55 STC 196/2004 de 15 de noviembre de 2004 (Recurso de amparo 1322-2000): Se resolvió la vulneración del derecho a la intimidad personal en el supuesto de despido por falta de aptitud, deducida de un reconocimiento médico de empresa que detectó el uso de drogas, fuera del examen de riesgos laborales y del consentimiento de la trabajadora que no fue informada.



tancias y valoraciones que estime pertinentes, y por tanto asumiendo los riesgos que pueda sufrir.

El Tribunal Supremo por su parte, en STS 28 diciembre 2006 –Rec. 140/2005–, concluye que en tres supuestos los reconocimientos dejan de ser voluntarios para el trabajador, según el artículo 22.1 LPRL, considerando su carácter como “imprescindible”:

- 1) para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores.
- 2) para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro, tanto para sí mismo como para otras personas.
- 3) cuando así esté establecido en una disposición legal con referencia a riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

El Tribunal Supremo lleva a cabo una interpretación extensiva de la excepción que va más allá de las limitaciones impuestas por el Tribunal Constitucional y criticable a mi juicio en cuanto que en el análisis de los derechos fundamentales debe primer siempre una interpretación restrictiva. Llega a afirmar que “...se trata de tres excepciones concebidas de forma tan amplia, que en la práctica anulan realmente el requisito general de que el trabajador preste su consentimiento, de modo que la excepción se convierte en norma general... siempre que se respete la dignidad y la confidencialidad de la salud y tengan por objeto vigilar el estado de salud de los trabajadores “en función de los riesgos inherentes al trabajo”, de manera que solamente el exceso objetivo en el examen de salud de los trabajadores por no concurrir las circunstancias descritas, podría constituir, salvo expreso consentimiento individual del trabajador afectado, una intromisión ilegítima.”

Analizaremos a continuación el supuesto de excepción del carácter voluntario de los reconocimientos médicos justificada en la protección del trabajador:

El art. 25-1 LPRL con la rúbrica de “Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”, establece que: “El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin,

deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo.”

Se contempla por el legislador una segunda justificación en el art. 25.1, párrafo segundo LPRL, motivada porque el propio trabajador o su entorno laboral, esto es, “...los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa...”, como sería el caso de los clientes de la misma o usuarios del servicio, puedan ponerse en situación de peligro.<sup>56</sup> En este segundo supuesto, se requiere igual que en anterior que de forma objetiva se justifique el reconocimiento por una determinada enfermedad o alteración de la salud existente y que además y objetivamente, sea susceptible de repercutir en la seguridad del propio trabajador o de terceros.

Esta disposición se completa con el art. 196, apartados 1 y 3, de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), que impone a las empresas que pretendan cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales practicar un reconocimiento previo a la contratación de los trabajadores que hayan de ocuparlos y no podrán contratar a quienes en el reconocimiento médico obligatorio no hayan sido calificados como aptos para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate, ni tampoco permitir la continuidad en sus puestos a los que no mantengan la declaración de aptitud en los reconocimientos sucesivos.

Como ha argumentado el Tribunal Constitucional en Sentencia 196/2004 de 15 de noviembre de 2004 -Recurso de amparo 1322-2000–, “...ambas previsiones están inspiradas en la existencia de un riesgo en la salud por las características personales, anatómicas o biológicas del sujeto o por razones objetivas del puesto de trabajo, de manera que

---

<sup>56</sup> STSJ de Asturias de 9 de noviembre de 2007, Rec. 2651/2007, establece que el trabajador puede negarse a someterse a un reconocimiento tras el alta de un proceso de IT si la empresa no justifica que es imprescindible para la vigilancia de la salud.

la potencial afectación en la intimidad personal del trabajador ... sólo podrá encontrar fundamento en la evaluación o identificación de tales patologías o condiciones de salud contraindicadas para el trabajo. Todo lo cual nos lleva a advertir de la necesidad de factores objetivos o indicios racionales de afectación que conecten el caso concreto con dichas previsiones legales, haciendo posible ese tipo de reconocimientos obligatorios, así como a excluir las imposiciones indiscriminadas de un control médico tendente a la evaluación psicofísica de los trabajadores con base en dichos preceptos.”

En consecuencia cabría concluir, que el reconocimiento sólo podrá abarcar aquellos parámetros que objetivamente puedan ser representativos de un factor de riesgo y de no concurrir ninguna de las circunstancias de conformidad con el examen de proporcionalidad, la medida de reconocimiento médico deberá reputarse de voluntaria; y, como tal, sujeta al consentimiento del trabajador.

Para completar la exigencia de reconocimiento médico debemos señalar que en otros supuestos vienen requeridos por una disposición legal expresamente, ya sea de carácter internacional como el Convenio de la OIT 139/1974 sobre cáncer profesional o comunitario, la Directiva Comunitaria 2004/37/CE, de 29 de abril, relativa a los riesgos en la exposición a agentes cancerígenos y mutágenos. También pueden ser de carácter interno: tal es el caso del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, modificado por Real Decreto 349/2003, de 21 de marzo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, y por el que se amplía su ámbito de aplicación a los agentes mutágenos; o bien pueden tener un carácter específico para algunos riesgos, como el Real Decreto 396/2006, de 31 de marzo, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

### *1.2. Características del consentimiento que debe otorgarse por el trabajador.*

Ha interpretado el Tribunal Constitucional (STC 196/2004), que puesto que la LPRL y la Constitución no imponen como requisito del consentimiento la forma escrita, bastará, en principio desde la perspectiva constitucional, que se pueda verificar la voluntad

real de someterse a la prueba médica, lo que en absoluto excluye la eficacia del consentimiento verbal o incluso la de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad. El hecho de entrega de las muestras requeridas, no es suficiente para considerar válido el consentimiento, ni para concluir que se respetaron los términos para los que fue otorgado.

En cuanto al contenido y alcance del consentimiento, el núcleo del problema radica en la información que debe proporcionarse al trabajador y que “requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad. Esa exigencia significa que el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica que pudiera llegar a afectar a su intimidad corporal, esto es... en relación con todas las actuaciones que por las partes del cuerpo sobre las que se opera o por los instrumentos mediante los que se realizan incidan en el pudor o el recato corporal de la persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”<sup>57</sup>, añadiendo a modo de conclusión que “...no habrá vulneración del art. 18.1 CE si el trabajador puede tener acceso, de solicitarlo, al conocimiento del contenido y alcance de la detección, tipo de pruebas que le vayan a ser practicadas y sus efectos, sus contraindicaciones y riesgos probables en condiciones normales, así como de las posibles eventualidades y contingencias que en su salud pudieran derivarse de no realizar el reconocimiento médico.”

Partiendo de la oposición a un posible ataque a la denominada “intimidad corporal del trabajador” nunca podría afectar a su “intimidad personal” porque el resultado de las pruebas no puede tener entre sus finalidades que se concluyeran cuestiones distintas y que tuvieran por objeto “...datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad (como ocurre con el consumo habitual de drogas: STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3)” a lo que podríamos añadir que tuvieran por objeto revelar cuestiones del historial patológico del trabajador que no entran en las excepciones previstas en la LPRL y que en nada afectarían por tanto al trabajo a desempeñar.<sup>58</sup>

<sup>57</sup> SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 120/1990, de 27 de junio, FJ 12; 137/1990, de 19 de julio, FJ 10; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 156/2001, 2 de julio, FJ 4; 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4.

<sup>58</sup> MARTÍNEZ FONS, DANIEL, «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones», *Aranzadi*

### 1.3. Los límites de los convenios colectivos en materia de reconocimientos.

Partiendo a mi juicio de que los convenios colectivos no pueden establecer la obligatoriedad de reconocimientos médicos más allá de los supuestos previstos en las leyes<sup>59</sup>, en cuanto que tales disposiciones serían nulas por vulnerar la intimidad del trabajador y de conformidad con la interpretación restrictiva que corresponde cuando se trata de excepciones en materia de Derechos Fundamentales. Por el contrario, el Tribunal Supremo ha fallado a favor de la legalidad de este tipo de cláusulas siempre que "...la medida no se acuerde fraudulentamente -a lo que, en principio es contrario, una medida asumida por los representantes de los trabajadores a nivel de convenio colectivo"- STS 28 diciembre 2006 –Rec. 140/2005-.

La experiencia negociada nos muestra que algunos convenios colectivos establecen con carácter general el carácter obligatorio de reconocimientos médicos para los trabajadores, superando las limitaciones legales.<sup>60</sup> Por el contrario, en otros casos se regulan los reconocimientos médicos respetando escrupulosamente las previsiones legales: Así ocurre con Convenios Colectivos que establecen la voluntariedad de algún tipo de reconocimientos médicos<sup>61</sup>, o bien se-

*Social*, pag.. 72. Ed Aranzadi, 2005.

59 BERNARDO JIMENEZ, I., «Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2002; MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L., *La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva*, Ed. Aranzadi, 2004, pág. 85 y MORENO SOLANA, A., «La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles», Ed. Tirant lo Blanch 2010, pág. 67) y ello aunque algunos autores en base al argumento de la labor de complementariedad de los convenios colectivos especificando y concretando los supuestos de obligatoriedad de los reconocimientos médicos: Vid. En tal sentido, LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Ed. Bosch 2010, pág. 120; FERNANDEZ VILLAZON, L.A., «Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador. Comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 82, 1997, pág. 235.

60 Tal es el caso del CC de la Asociación Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 19 febrero 2009), que en su art. 38 establece que "El/la trabajador/a tiene derecho y, a la vez, obligación de someterse a las revisiones médicas anuales que se llevarán a cabo por los servicios técnicos de los organismos públicos competentes o de la mutua que tenga relación contractual con Aldeas Infantiles SOS, tanto previas al ingreso al puesto de trabajo como las periódicas que sean aconsejadas o propuestas, tanto por la Asociación como por los organismos oficiales competentes..."

61 CC Agfa Healthcare Spain, SAU (BOE 26 junio 2012), establece en su artículo 44 que "Durante la vigencia del Convenio continuarán para el personal que trabaja con pantallas

ñalan precisiones que concretan los principios de los reconocimientos médicos, respetando el artículo 22 LPRL<sup>62</sup>. En esta línea nos encontramos con empresas que en su Convenio Colectivo y en atención a las especiales características o riesgos que se derivan para algunos grupos profesionales regulan correctamente el desarrollo de los reconocimientos médicos.<sup>63</sup>

de forma habitual, las revisiones médicas voluntarias en el ámbito oftalmológico..."

62 Tal es el caso del IV CC Exide Technologies España, SA. (BOE 27 abril 2011), que en su artículo 40 "Vigilancia de la salud", establece que "... La vigilancia de la salud de los trabajadores por medio de reconocimientos médicos, estará sometida a los siguientes principios: ... 2. Se hará asimismo a todos los trabajadores subcontratados que realicen su trabajo dentro de naves de fabricación donde existan riesgos higiénicos específicos de control biológico obligatorio, y a todos aquellos que, por naturaleza de su trabajo, puedan realizar visitas o tener estancias prolongadas dentro de estas instalaciones; también cuando por parte del servicio de prevención se considere imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo o verificar el estado de salud de un trabajador cuando pueda entrañar riesgo para él mismo, para los demás trabajadores, para otras personas relacionadas con la empresa, o cuando venga establecido por disposición legal; 3. Será de carácter voluntario, debiendo prestar el trabajador su consentimiento, en los puestos de trabajo que se realizan fuera de naves de fabricación con riesgos higiénicos, o para el personal que rara vez realiza visitas o estancias en estos recintos, cuando el servicio de prevención así lo apruebe; 4. Se llevará a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad, la dignidad del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud, con independencia de los programas de detección y control de mejoras de niveles biológicos impulsados desde el servicio de prevención. Los datos relativos a la vigilancia de la salud serán puestos en conocimiento del trabajador con el objetivo de velar por su salud; 5. Tendrá en cuenta las características del puesto de trabajo o función desempeñada, la permanencia en el mismo, así como los riesgos, materias primas, aditivos y otros elementos que el trabajador en cuestión manipule"

63 V CC de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 16 enero 2010), que en su artículo 110 bajo la rúbrica de "Medicina del trabajo", establece que: "... 2. La empresa garantizará reconocimientos médicos específicos, en función de los riesgos de cada puesto de trabajo, gratuitos anuales a todo el personal. Dichos reconocimientos se regulan por medio de los Protocolos de vigilancia de la salud del M.G.P.R.L.;...5. En aquellos grupos laborales que por sus características o riesgos a los que están expuestos, impliquen peligro para la vida o integridad física o psíquica propia o de terceros, requiriéndose, por tanto, unas condiciones físicas especiales, los reconocimientos médicos específicos acordados en el seno del C.E.S.S., serán obligatorios en cumplimiento del art. 196 del R.D.L. 1/1994 (Ley General de la Seguridad Social); 6. Para acceder a los grupos laborales a que se hace referencia en el párrafo anterior será necesario ser declarado apto en el reconocimiento médico obligatorio que, con carácter previo, se haya realizado..."

*1.4. Los reconocimientos médicos en los procesos de selección.*

El trabajador no debe ser discriminado por su historial médico pasado y aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto a la práctica de reconocimientos médicos, corresponde a la empresa objetivamente demostrar los requerimientos que justificarían proceder a los mismos en un proceso de selección.

Ello se ha interpretado con otra perspectiva por el Tribunal Supremo, que ha conocido de la cuestión -STS de 28 de diciembre de 2006 (Rec. 140/2005)-, a través de una demanda de impugnación de convenio<sup>64</sup>, y en su fallo declara la legalidad de los mismos, argumentando que, "...de una parte, el derecho a la intimidad resulta plenamente aplicable en el ámbito del contrato de trabajo, según recoge el artículo 4.2.e) ET, y de otra que al empresario le está vedada una intromisión en la esfera privada del individuo. Sin embargo, debe recordarse que las obligaciones tendentes a proporcionar una protección eficaz en materia de salud, constituyen, en el ámbito laboral, la plasmación del derecho constitucional de todo ciudadano a la propia vida y a la integridad física (art. 15 CE y art. 4.2 .d) ET)."

No obstante, lejos de esta interpretación extensiva del Tribunal Supremo no podemos olvidar la intervención del Tribunal Constitucional en su STC 196/2004, consecuente con la finalidad de los reconocimientos analizada, ya que lo contrario supondría un grave elemento de discriminación en atención a patologías de gravedad como es el caso del cáncer, que han podido sufrir los trabajadores con anterioridad a esa contratación que se pretende y que podría llegar a convertirse en un claro elemento estigmatizador que dificultara ulteriores contrataciones. Se argumenta al respecto que "El reconocimiento médico en la relación laboral no es, en definitiva, un instrumento del empresario para un control dispositivo de la salud de los trabajadores, como tampoco una facultad que se le reconozca para verificar la capacidad profesional o la aptitud psicofísica de sus empleados con un propósito de selección de personal o similar. Su eje, por el contrario, descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud. Un derecho que sólo puede venir restringido por las excepciones enunciadas, con los requisitos y límites mencionados".

<sup>64</sup> La sentencia impugnada considera compatible con este derecho el examen médico obligatorio que exige el apartado a) párrafo quinto, de los Anexos III de los Acuerdos de 27 de febrero de 2004, con carácter previo a la contratación del personal laboral de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.

*1.5. La obligación del trabajador de comunicar datos sobre su salud en el momento de la contratación.*

La legislación laboral no recoge expresamente este deber, aunque en principio resulta reconducible al deber de buena fe contractual del art. 20-2 ET: "... el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe", de lo que podríamos deducir que en el momento de la contratación, el trabajador tiene el deber de facilitar los datos sobre su salud de manera leal y verdadera, así como de colaborar en su obtención<sup>65</sup>. Sentada esta premisa inicial debemos preguntarnos hasta qué punto y con qué límites el trabajador debe poner en conocimiento del empresario su historial médico.

Analizando el tema desde la perspectiva del art. 25-1 LPRL que establece los límites a la contratación motivados por las características personales, estado biológico o por discapacidad y que conlleva que el propio trabajador, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentre manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, podemos concluir que sólo abarcaría la información a facilitar por el trabajador a tales condicionantes, ya que lo contrario sería atentatorio del respeto a los derechos fundamentales, concretamente del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la intimidad.<sup>66</sup>

En este punto la doctrina del Tribunal Constitucional -STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008- determina la improcedencia del despido con independencia de que el trabajador no informara de su historial médico anterior aunque podía afectar a los requerimientos físicos para el desarrollo del trabajo en la empresa que le contrata. El motivo del despido alegado por la empresa es la ocultación por el trabajador de una lesión previa en las vértebras cervicales que había dado lugar a continuas bajas en contratos ante-

<sup>65</sup> El empresario puede subordinar, la contratación de un trabajador a un previo examen sanitario que demuestre su aptitud para el trabajo, e incluso tiene la obligación de hacerlo en algunos casos, pero si el empresario no dispone que se lleven a cabo estos reconocimientos médicos por servicios y personal autorizados, no puede exigir del trabajador que le proporcione informaciones sobre su estado de salud que no podría obtener ni siquiera de esos servicios sanitarios (STSJ de Valladolid de 21 de marzo de 2005).

<sup>66</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D. "Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo" *Relaciones Laborales*, N° 3, Quincena del 1 al 15 Feb. 2012, Año 28, tomo 1, pág. 9. Editorial LA LEY.

riores con otras empresas y que, a juicio de la empresa, le impedían de hecho trabajar en la construcción, aunque el INSS le había declarado no estar afecto de grado alguno de incapacidad permanente. Para la empresa esa ocultación suponía un incumplimiento contractual por trasgresión de la buena fe, y de haber conocido dicha circunstancia con anterioridad a la contratación no habría procedido a efectuarla. Por el contrario, el Alto Tribunal interpreta que tratándose de la primera baja del trabajador y puesto que el despido se produjo a los diez días, «el motivo real del cese fueron las bajas médicas del empleado previas a la contratación y su ocultación a la empresa, que hacían que su prestación de trabajo no fuera rentable para la misma».

## 2. La protección de datos de salud del trabajador.

El análisis parte del art. 22-2 LPRL en cuanto que “Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud”, desarrollado en el art. 22- 4 LPRL al establecer que: “Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador.

El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador.

No obstante lo anterior, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva.”

Como regla general, el tratamiento de datos personales en materia de salud del trabajador se encuentra legitimado por la existencia de un relación contractual cuyo cumplimiento, desarrollo y control, lo hace necesario (art. 6.2, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en adelante LOPD), si bien debemos acotar sus límites en el ámbito de la vigilancia de la salud.

Se requiere por tanto una interpretación conjunta con la LOPD, que establece en su artículo 7-3 que “Los datos de carácter personal que hagan referencia a ... la salud ... sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”, estableciendo a modo de excepción su apartado 6 que no obstante, podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal relativos a la salud, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto <sup>67</sup>. Dada la complejidad que conlleva el adoptar medidas de seguridad de nivel alto, el Reglamento de desarrollo de LOPD establece previsiones con la finalidad de evitar problemas de gestión.<sup>68</sup>

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye un límite al derecho fundamental a la protección de datos<sup>69</sup> y corresponde siempre al responsable del tratamiento comprobar que tiene el consentimiento del afectado cuando realiza algún tratamiento con sus datos personales.<sup>70</sup>

67 “...la posibilidad de admitir un consentimiento expreso que no conste por escrito para el tratamiento de los datos de salud, se encuentra condicionada a que pueda acreditarse que es una manifestación de voluntad libre, inequívoca y específica, que se presta una vez que se ha tenido conocimiento de una concreta información entre la que, necesariamente, ha de constar la finalidad determinada, explícita y legítima del tratamiento que se va a realizar sobre los datos personales del afectado.” (PS/00029/2004 PS/00525/2007).

68 Art. 81-8 RDLOPD... cuando en un sistema de información existan ficheros o tratamientos que en función de su finalidad o uso concreto, o de la naturaleza de los datos que contengan, requieran la aplicación de un nivel de medidas de seguridad diferente al del sistema principal, podrán segregarse de este último, siendo de aplicación en cada caso el nivel de medidas de seguridad correspondiente y siempre que puedan delimitarse los datos afectados y los usuarios con acceso a los mismos, y que esto se haga constar en el documento de seguridad.»

69 Este derecho, “...consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular (...).” STC 292/2000, de 30 de noviembre (F.J. 7)

70 En este sentido la Audiencia Nacional, en sentencia 31

La cuestión de protección de datos del trabajador enfermo oncológico aun se hace más compleja en cuanto que la legislación contempla servicios de prevención propios y ajenos<sup>71</sup>. Cuando se trata de un servicio propio la empresa será responsable del fichero que se genere para la gestión de la prevención y cuando se trate de servicios de prevención ajenos, éstos tienen la consideración de responsables del tratamiento.<sup>72</sup> Si el prestador externo realiza servicios de vigilancia en la salud deberá prever medidas que garanticen el cumplimiento de los principios de protección de datos, y en particular el deber de información, el principio de finalidad y la garantía del consentimiento en cada uno de los tratamientos, en cuanto que para este tipo de servicios el prestador externo tiene la condición de encargado del tratamiento y deben de cumplirse las previsiones del artículo 12 de la LOPD. A ello hay que sumar las exigencias previstas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El supuesto de cambio en el Servicio de Prevención de riesgos laborales y cesión de datos de salud, se ha analizado en el Informe 391/2006 AEPD: La consulta se plantea sobre el tratamiento y comunicación de datos entre entidades y sobre la responsabilidad del fichero que contiene los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores.

La comunicación de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores a la nueva entidad sería un supuesto de cesión de datos habilitado.<sup>73</sup> No obstante y pese a que en principio al estar está

---

de mayo de 2006 señalaba: “Es el responsable del tratamiento (por todas, sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2002 Rec. 185/2001) a quien corresponde asegurarse de que aquel a quien se solicita el consentimiento, efectivamente lo da, y que esa persona que está dando el consentimiento es efectivamente el titular de esos datos personales, debiendo conservar la prueba del cumplimiento de la obligación a disposición de la Administración, encargada de velar por el cumplimiento de la ley”.

71 El personal sanitario del servicio de prevención deberá conocer las enfermedades que se produzcan entre los trabajadores y las ausencias del trabajo por motivos de salud, a los solos efectos de poder identificar cualquier relación entre la causa de enfermedad o de ausencia y los riesgos para la salud que puedan presentarse en los lugares de trabajo.(art. 37-3-b) Reglamento Servicios de Prevención)

72 Informe 0299/2009 de la Agencia Estatal de Protección de Datos.

73 Art. 23.1 LOPD en relación con su artículo 30.3, derivado de la obligación de puesta a disposición del nuevo servicio, derivado a su vez, de la obligación de mantenimiento de la historia clínico-laboral prevista en el artículo 37.3 c) del Real Decreto 39/1997.

autorizado en una Ley, no necesitaría del consentimiento de los trabajadores (artículo 11.2.a) de la Ley 15/1999), en cuanto que resulta prohibida la transmisión de la información médica obtenida al amparo de la LPRL a cualquier tercero distinto del “personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores”, con la única excepción de las conclusiones derivadas de dicho seguimiento en cuanto a la aptitud de los trabajadores (artículo 22.4, párrafo tercero), aquellos datos que se encuentren incluidos en la denominada historia clínico-laboral sólo podrán ser entregados al personal sanitario o centro médico encargado de los servicios de prevención y directamente entre los servicios médicos de las empresas de prevención.

En cuanto a la cesión de datos personales, los supuestos que pueden plantear mayores dificultades, son los referentes al acceso a la información por la propia empresa y por los delegados de prevención. Las facultades de acceso a la información por parte de la empresa son muy limitadas y en la práctica se refieren a conocer las condiciones de aptitud o no aptitud del trabajador, en función de las previsiones del artículo 22-4 LPRL,<sup>74</sup> y con las excepciones incorporadas al mismo.<sup>75</sup>

Con idéntica filosofía a los delegados de prevención, la LPRL les reconoce facultades para ejercer sus funciones de información y documentación derivadas de sus competencias en los artículos 18, 23 Y 36 LPRL. Se posibilita su acceso a los datos personales sobre daños en la salud de los trabajadores cuando tengan su origen en un hecho dañoso, relacionado con el entorno laboral, sólo para la finalidad de control que les atribuye la LPRL y limitada a los datos estrictamente necesarios, entendiéndose por tales los relativos a la gravedad y naturaleza de los daños. Desde la perspectiva de la protección de datos de carácter personal, es un cesionario y por tanto sometido a los principios de protección de datos personales y deber de confidencialidad previsto en la LOPD, siéndoles además de aplicación el deber de sigilo profesional al que se encuentra sometido la representación unitaria en la empresa del artículo 65-2 ET.

---

74 Al respecto se ha pronunciado la AGPD en el procedimiento sancionador PS/00142/2005: «El tratamiento por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales del historial médico, consecuencia de los reconocimientos médicos realizados a los trabajadores, deberá limitarse a las previsiones del artículo 22.4 de la LPRL...».

75 Se han admitido las cesiones de datos sobre la aptitud del trabajador en el caso de que la mutua contratada para el desarrollo de las tareas de prevención ya dispusiese con anterioridad de informaciones relevantes para el desempeño del puesto de trabajo en una nueva empresa. (Sentencia de la Audiencia Nacional 24 de mayo 2007).

El alcance de las competencias de los Delegados de Prevención se ha clarificado por la AEPD en su Informe 655/2008. Se trataba de un supuesto de cesión de datos y debería existir una habilitación legal para la cesión de datos de los trabajadores afectados sin su consentimiento. La excepción se plantea para el supuesto del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo a) del apartado 1 del artículo 23 de la Ley 31/1995 que se refiere a Plan de prevención de riesgos laborales y el artículo 7 del Reglamento de los servicios de prevención de riesgos laborales aprobado por Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, establece que en el Plan de Prevención deberán reflejarse, para cada puesto de trabajo cuya evaluación ponga de manifiesto la necesidad de tomar alguna medida preventiva, entre otros, los datos referentes a: a) La identificación del puesto de trabajo; b) El riesgo o riesgos existentes y la relación de trabajadores afectados.

Por su parte, el artículo 36.2.c) LPRL, establece que los Delegados de Prevención, estarán facultados para “Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos, pudiendo presentarse, aún fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos”. Ello implica que, dentro del ámbito de sus funciones propias será posible acceder a los datos personales relativos a los daños causados a la salud de los trabajadores con motivo del trabajo desarrollado en la empresa.

No obstante, el apartado b) del artículo 36-2 señala como competencias de los Delegados de Prevención, “...Tener acceso, con las limitaciones previstas en el apartado 4 del artículo 22 de esta Ley, a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones y, en particular, a la prevista en los artículos 18 y 23 de esta Ley.” Cuando la información esté sujeta a las limitaciones reseñadas, sólo podrá ser suministrada de manera que se garantice el respeto de la confidencialidad, lo que implica que la comunicación de los datos sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores “no deberá hacerse extensiva a todo el historial médico que se derive de su asistencia por accidente o enfermedad con motivo del trabajo desarrollado en la empresa.”

Otra cuestión esencial es la referente a la transmisión de datos de carácter personal a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicacio-

nes electrónicas<sup>76</sup>. En cuanto que las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo se consideran datos de carácter personal relacionados con la salud y en concreto, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética (artículo 5.1.g) Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD), por lo que la transmisión de estos datos a través de redes públicas o redes inalámbricas de comunicaciones electrónicas, se realizará cifrando dichos datos o bien utilizando cualquier otro mecanismo que garantice que la información no sea inteligible ni manipulada por terceros (art. 104 del citado Real Decreto).

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009, estimando el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad, tratándose de la comunicación de información relativa al estado de salud del demandante y su utilización en un proceso selectivo diferente y ajeno a aquel donde fue obtenida, sin información ni consentimiento del interesado, y el hecho de atribuir consecuencias jurídicas a una información que ha sido obtenida con infracción del artículo 18 CE, debe calificarse de absolutamente desproporcionado, vulnerándose el derecho a la intimidad del demandante, lo que conduce al otorgamiento del amparo. El supuesto de hecho, que merece ser destacado, es que el recurrente participó en dos procesos selectivos: uno para ingreso en la Policía autonómica, y otro para el ingreso en la policía municipal siendo excluido del primero por padecer una enfermedad prevista en el cuadro de exclusiones médicas. En cambio en el segundo proceso selectivo fue nombrado funcionario en prácticas de la policía municipal, tras superar la fase de concurso-oposición, tres exámenes médicos y el curso de formación. Poco después del nombramiento del funcionario uno de los miembros del Tribunal médico del primer proceso selectivo informó al Ayuntamiento telefónicamente de la enfermedad que padecía el opositor y que le había excluido del proceso para la Policía autonómica. Basándose en dicha información, el Ayuntamiento acordó el cese del demandante como funcionario en prácticas.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> La AEPD ha conocido del tema en el Procedimiento Nº PS/00353/2010 (RESOLUCIÓN: R/02116/2010), motivada porque se envió el informe clínico de la por fax con los datos sin cifrar y las medidas de seguridad a aplicar son las de nivel alto, dada la naturaleza de los datos personales implicados.

<sup>77</sup> MANTECA VALDELANDE, V. “Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad”

Cuestión distinta es la referente a los datos de salud y los controles sobre el absentismo laboral: El Art. 20-4 ET reconoce expresamente que «El empresario podrá verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador que sea alegado por éste para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. La negativa del trabajador a dichos reconocimientos podrá determinar la suspensión de los derechos económicos que pudieran existir a cargo del empresario por dichas situaciones.». Cuestión distinta de este control es la práctica de incorporación de datos de salud a un fichero con la única finalidad de realizar controles del absentismo, práctica que resulta a todas luces desproporcionada como ha puesto de manifiesto reiteradamente el Tribunal Constitucional,<sup>78</sup> sin que podamos obviar que si existe un tratamiento relacionado con la salud y que para poder incorporar sus datos de salud a una historia clínica se requerirá el consentimiento expreso del trabajador.<sup>79</sup>

#### Otros pronunciamientos en la materia de la AEPD:

Si bien la AEPD no se ha pronunciado respecto al tema de los trabajadores afectados por cáncer, resulta destacable un pronunciamiento al respecto de esta enfermedad. Así se resulte en el Informe 0262/2011, con origen en una consulta para determinar si resulta conforme a la LOPD, la comunicación de datos de

diversos tipos de tumores, solicitada al laboratorio de anatomía patológica por la Consejería de Salud de su Comunidad Autónoma, requiriéndose, asimismo, los datos necesarios para la correcta identificación de los pacientes (nombre, apellidos, DNI, fecha de nacimiento, domicilio, etc.), para ser incorporados al registro de cáncer de dicha Comunidad Autónoma.

El supuesto contemplado, si bien constituye una cesión de datos de carácter personal, se trata de realización de los estudios epidemiológicos necesarios, así como la planificación y evaluación sanitaria, para lo que se requiere tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica, por lo que se faculta a que las Administraciones sanitarias, de acuerdo con sus competencias, a que creen los registros y elaboren los análisis de información necesarios. No obstante, el hecho de que no sea preciso el consentimiento no excluye el cumplimiento del deber de información regulado en el artículo 5 LOPD, que impone al responsable del fichero la obligación de informar a los interesados, en el momento de recabar los datos, de quienes son los destinatarios de la información.

En enfermedades oncológicas, en las que se debe ser a mi juicio especialmente cuidadoso con el derecho a la intimidad del trabajador y la protección de datos resulta digno de mención el tema referente a la difusión de datos a través de las redes sociales de las empresas. La AEPD ha conocido de un supuesto en el que tratándose de una enfermedad no grave la empresa publicó en la red social *Facebook* un parte médico de incapacidad temporal, manteniéndose durante un período de entre 24 y 48 horas. El documento hecho público contenía el nombre y apellidos de la denunciante, junto con su número de tarjeta sanitaria, afiliación a la Seguridad Social, DNI y domicilio. Asimismo se incluye el nombre de la empresa y datos asociados a la baja médica: duración, diagnóstico y fecha de baja.<sup>80</sup>

Con ocasión de este procedimiento sancionador, se aborda el tema de las redes sociales. El Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT29), órgano consultivo europeo independiente establecido en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, adoptó el 12 de junio de 2009 el Dictamen 5/2009, sobre las redes sociales en línea.

Según destaca el GT29, la citada Directiva no impone las obligaciones de un responsable de datos

Pág. 2, BIB 2009\1828. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 787/2009.

78 STC 202/1999: «mediante la creación de la base de datos parece perseguirse un control más eficaz del absentismo laboral, según las facultades que al efecto reconoce al empresario la legislación vigente...Entre dichas facultades no figura la de proceder al almacenamiento en soporte informático de los datos atinentes a la salud de los trabajadores -y en concreto del diagnóstico médico- prescindiendo del consentimiento de éstos...la medida adoptada por la empresa, sometida a los cánones establecidos para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, no reviste la consideración de solución idónea, necesaria y proporcionada para la consecución del fin, en este caso, el control del absentismo laboral [SSTC 66/1995, F.J. 5; 207/1996, F.J. 4 E) y 69/1999, F.J. 4], pues no se trata de medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad. (STC 202/1999)».

79 Sentencia de la Sección 1ª Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 2002, «estamos ante un supuesto en el que el objeto no es la atención del paciente - finalidad que justifica la excepción a la prohibición establecida en la ley ya que el mantenimiento del historial médico redundaría en beneficio de su salud sino ante una técnica de control del absentismo laboral.

80 Procedimiento N°: PS/00434/2011 (RESOLUCIÓN: R/00369/2012).



a un individuo que procesa datos personales “en el transcurso de actividades estrictamente personales o domésticas”. El GT29 estima que, con carácter general, en la mayor parte de las actividades realizadas por los usuarios de un SRS debe aplicarse lo que denomina “exención doméstica”, en lugar de la normativa de protección de datos.

En el Dictamen se especifican tres supuestos en los que tales actividades no estarían cubiertas por la “exención doméstica”. El primer supuesto se refiere a los casos en los que se utiliza el SRS como plataforma de colaboración para una asociación o una empresa. Si un usuario de SRS actúa en nombre de una sociedad o asociación, o utiliza el SRS principalmente como una plataforma para conseguir objetivos comerciales, políticos o benéficos, la exención no se aplica. En este caso, el usuario asume todas las obligaciones de un responsable de datos que está revelando datos personales a otro responsable de datos (el SRS) y a terceros (otros usuarios del SRS o, potencialmente, otros responsables de datos con acceso a los mismos). En estas circunstancias, el usuario necesita el consentimiento de las personas concernidas o algún otro fundamento legítimo dispuesto en la Directiva de Protección de Datos.

En segundo lugar, cuando se facilita el acceso al perfil a todos los miembros del SRS o cuando los datos son accesibles por motores de búsqueda, el acceso se sale de la esfera personal o doméstica.

El tercer apartado en que la “exención doméstica” no sería aplicable, lo constituyen aquellos supuestos en los que es preciso garantizar los derechos de terceros, particularmente en relación con datos sensibles. En el Dictamen se aclara el concepto de “datos sensibles”, y entre los mismos se encuentran los “datos relativos a la salud” y éstos sólo se pueden publicar en Internet con el consentimiento explícito del sujeto de datos o si el sujeto de datos ha hecho que los datos sean manifiestamente públicos él mismo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- **ARENAS VIRUEZ, M.** “La incapacidad temporal como causa de despido: nulidad o improcedencia” *Relaciones Laborales*, Nº 1, Sección Doctrina, tomo 1, Editorial LA LEY.
- **ASQUERINO LAMPARERO, M.J.**, «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo», en *AS*, núm. 2, 2006.

- **AZAGRA SOLANO, M.** “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo.” BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011. Ed. Aranzadi.
- **AZAGRA SOLANO, M.** “Reflexiones sobre el despido del trabajador enfermo”. BIB 2011\720. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 4/2011. Ed. Aranzadi.
- **BERNARDO JIMENEZ, I.**, «Vigilancia de la salud de los trabajadores: los reconocimientos médicos», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2002;
- **ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J.** “Enfermedad, discapacidad y discriminación desde las perspectivas nacional y comunitaria” *Relaciones Laborales*, Nº 5, Sección Crónica internacional y comunitaria, Año XXIII, tomo 1, Ed. LA LEY 2007
- **FERNANDEZ VILLAZON, L.A.**, «Vigilancia de la salud y derechos de la persona del trabajador. Comentario al art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 82, 1997.
- **GALLO FERNÁNDEZ, M.**, *Autorización e inspección de las actividades sanitarias de los servicios de prevención de riesgos laborales*, Dpto. de Presidencia, Justicia e Interior Gobierno De Navarra, 2009.
- **GINÈS I FABRELLAS, A.** “La nulidad del despido ilícito del trabajador enfermo.” BIB 2009\2050. *Aranzadi Social* num. 18/2010. Ed. Aranzadi.
- **GOÑI SEIN, J.L.**, «Límites constitucionales a los reconocimientos médicos obligatorios como medida de prevención de riesgos laborales», *Revista de Derecho Social*, núm. 5, 1999.
- **GORDO GONZÁLEZ, L.** “El futuro del despido por enfermedad del trabajador: ¿improcedente o nulo?”. BIB 2011\793. *Aranzadi Social* paraf. 24/2011. Ed. Aranzadi.
- **IGLESIAS CABERO, M.** “Despido por razones de salud: ¿improcedente o nulo? (1)” *Actualidad Laboral*, Nº 19, tomo 2, Ed. LA LEY. 2008
- **LÓPEZ AHUMADA, J.E.**, *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales*, Ed. Bosch 2010.

- **MANTECA VALDELANDE, V.** “Sentencia 159/2009, de 29 de junio de 2009 del Tribunal Constitucional que estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la intimidad.” BIB 2009\1828. *Actualidad Jurídica Aranzadi num. 787/2009.*
- **MARTÍN JIMÉNEZ, R.** “La racionalidad de los derechos fundamentales: un apunte sobre el despido durante la situación de incapacidad temporal.” BIB 2008\987. *Aranzadi Social* paraf. 18/2008. Ed. Aranzadi,
- **MARTÍNEZ FONS, DANIEL,** «La vigilancia de la salud en la doctrina del Tribunal Constitucional. El principio de voluntariedad y la interpretación de sus excepciones», *Aranzadi Social*. Ed. 2005.
- **MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L.,** La prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva, Ed. Aranzadi, 2004.
- **MELLA MÉNDEZ, L.** “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social”. *Relaciones Laborales*, Nº 1, Enero 2013, tomo 1, Ed. LA LEY.
- **MORENO MÁRQUEZ, A.** “Nulidad del despido en los casos de reincorporación forzada del trabajador en incapacidad temporal: el derecho a la salud en juego” .BIB 2010\2075. *Aranzadi Social* num. 11/2010. Editorial Aranzadi,
- **MORENO SOLANA, A.,** La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles, Ed. Tirant lo Blanch 2010.
- **PAREDES RODRÍGUEZ, J.M.** “Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.” BIB 2011\258. *Aranzadi Doctrinal* num. 1/2011. Ed. Aranzadi.
- **POQUET CATALÀ, R.** “La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012” *Actualidad Laboral*, Nº 11, tomo 1, Ed. La Ley.
- **RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.** “Despido por enfermedad y discriminación”. *Relaciones Laborales*, Nº 20, tomo 2, Ed. LA LEY. 2008.
- **SALA FRANCO, T.,** *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo.* Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- **SAN MARTÍN MAZZUCCONO, C.,** «La vigilancia del estado de salud de los trabajadores: voluntariedad y periodicidad de los reconocimientos médicos», *RMTAS*, núm. 53, 2004.
- **SIRVENT HERNÁNDEZ, N.** “La problemática calificación del despido del trabajador por ausencias debidas a su enfermedad” BIB 2012\117 *Aranzadi Social* paraf. 74/2012). Ed. Aranzadi,
- **TOSCANI GIMÉNEZ, D.** “Cómo y cuándo se le puede realizar un reconocimiento médico a los trabajadores y qué consecuencias tiene el no superarlo” *Relaciones Laborales*, Nº 3, Sección Doctrina, tomo 1, Editorial LA LEY.